Erörterungen

aus dem

Obligationenrecht.

Von

Dr. Friedrich Mommsen,
Professor der Rechte an der Universität zu Göttingen.

Erstes Heft.

Erörterungen über die Regel:

Commodum ejus esse debet, cujus periculum est.

Braunschweig,
C. A. Schwetschke und Sohn.
(M. Bruhn.)
1859.

Erörterungen

über die Regel:

Commodum ejus esse debet,

cujus periculum est.

Von

Friedrich Mommsen.

Braunschweig,
C. A. Schwetschke und Sohn.
(M. Bruhn.)
1859.

Inhaltsübersicht.

I.

Erörterungen über die Regel:

Commodum ejus esse debet, cujus periculum est.

Erörterungen über die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est.

§. 1.

Einleitung.

Wenige Regeln des römischen Rechts scheinen so fest zu stehen, wie diejenige Regel, auf welche die nachfolgenden Erörterungen sich beziehen sollen. Wenn sie auch in der Fassung: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, nur in einer Stelle des corpus juris vorkommt [1]), so finden wir sie doch in einer ähnlichen Fassung in mehreren anderen Stellen [2]). Außerdem wird bei einer großen Reihe von einzelnen Entscheidungen auf die Regel Bezug genommen, und als Grund, weshalb ein commodum diesem oder jenem zuzusprechen sei, angegeben, daß auch das periculum ihn treffe [3]). Wir finden hier also Alles beisammen, was gefordert zu werden pflegt, damit man eine im corpus juris aufgestellte Regel auch wirklich als eine allgemein geltende Regel anerkennen könne.

So kann es denn nicht Wunder nehmen, daß man bis in die

1) §. 3. I. de emptione (3. 23).

2) L. 22. §. 3. C. de furtis (6. 2) „— — ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur." L. 10. D. de R. J. (50. 17): „secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda."

3) S. insonderheit L. 13. §. 1. D. commodati (13. 6). L. 10. §. 8. D. mandati (17. 1). L. 67. §. 1. D. pro socio (17. 2). L. 7. pr. D. de periculo (18. 6). L. 18. D. de jure dotium (23. 3). L. 66. §. 3. D. soluto matr. (24. 3). L. 12. C. de act. empti (4. 49). — Außerdem wird die Regel zur Motivirung besonderer Entscheidungen benutzt in zweien der vorher citirten Stellen, nämlich im §. 3. I. de emptione (3. 23) und in L. 22. §. 3. C. de furtis (6. 2).

neueste Zeit alle Bestimmungen, welche in den Quellen über das commodum sich finden, aus der gedachten Regel abzuleiten suchte, und daß man diejenigen Bestimmungen, welche nicht zur Regel paßten, ohne Weiteres als Ausnahmen von derselben ansah; daß man aber eine Untersuchung darüber, ob die gedachte Regel wirklich als eine allgemeine Regel zu betrachten sei, oder ob sie sich nur auf einen beschränkteren Kreis von Fällen beziehe, nicht für erforderlich hielt. Auch Ihering, von dem wir die einzige umfassende Abhandlung über die Lehre von dem commodum haben, stellt sich im Wesentlichen auf diesen Standpunkt [4]. Er geht davon aus, daß die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, eine allgemeine Regel sei; und seine Untersuchung ist daher vorzugsweise nur darauf gerichtet, in welchem Umfange derjenige, an welchen eine Sache zu leisten ist, das commodum in Anspruch nehmen könne, falls er zugleich die Gefahr in Ansehung der Sache trägt.

Ich verkenne nicht, wie werthvoll die Untersuchungen sind, welche Ihering angestellt hat, und wie sehr die Sache durch seine Ausführungen gefördert ist. Dennoch muß ich die Ueberzeugung aussprechen, daß dieselben nicht genügen. Die Untersuchung hätte vor allen Dingen zugleich darauf gerichtet werden müssen, ob die mehrfach erwähnte Regel wirklich als eine allgemein geltende angesehen werden kann. Gerade auf diesen Punkt denke ich denn auch in den nachfolgenden Erörterungen vorzugsweise einzugehen.

Hierbei ist es aber durchaus nothwendig, eine Unterscheidung zu machen, die, wie ich glaube, bisher nicht genügend hervorgehoben ist. Es ist dies die Unterscheidung zwischen zwei Arten des commodum, welche ich im Nachfolgenden durch die Ausdrücke: accessorisches und stellvertretendes commodum bezeichnen werde.

Unter dem accessorischen commodum verstehe ich dasjenige, welches zu dem geschuldeten Gegenstande hinzutritt. Die Frage, um die es sich bei diesem commodum handelt, ist: kann der Gläubiger neben dem geschuldeten Gegenstand das commodum verlangen?

Unter dem stellvertretenden commodum verstehe ich dasjenige, welches nicht zu dem geschuldeten Gegenstand hinzu, sondern

---

4) Ihering, Abhandlungen aus dem Römischen Recht (Leipzig 1844). S. 1 bis 86. — Die neueren Schriftsteller haben sich im Allgemeinen Ihering angeschlossen; besonders gilt dies von Puchta und Arndts in ihren Lehrbüchern. — Eine Ausnahme macht Brinz in seinem Lehrbuch §. 134.

gewissermaßen an dessen Stelle tritt. Dieses commodum setzt eine Thatsache voraus, welche die Leistung ganz oder theilweise unmöglich gemacht, zugleich aber ein commodum zur Folge gehabt hat, wie z. B. Verkauf der geschuldeten Sache von Seiten des Schuldners, Entwendung der Sache von Seiten eines Dritten. Hier fragt es sich, ob und in welchen Fällen der Gläubiger statt des geschuldeten Gegenstandes das commodum verlangen kann, und ob und in welchen Fällen der Schuldner fordern kann, daß der Gläubiger sich damit begnüge.

Schon dadurch, daß es sich bei den gedachten beiden Arten des commodum um wesentlich verschiedene Fragen handelt, rechtfertigt es sich, daß ich in der nachfolgenden Darstellung dieselben gänzlich von einander gesondert habe; die Darstellung selbst wird dieses, wie ich hoffe, in noch höherem Grade rechtfertigen.

Zugleich bemerke ich schon hier, daß ich im Nachfolgenden es nur mit den obligatorischen Ansprüchen, nicht mit den dinglichen zu thun habe.

Jhering hat auch die dinglichen Ansprüche in seine Untersuchung hineingezogen, indem er die Frage, welche er in seiner Abhandlung beantwortet, ganz allgemein dahin faßt: in wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben? — Er findet nun allerdings bei den dinglichen Ansprüchen verschiedene Ausnahmen von der Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Es sind dies aber seiner Ansicht nach nur Ausnahmen, und eben deshalb hat er sich nicht veranlaßt gesehen, die dinglichen Ansprüche von seiner Erörterung auszuschließen. — Meiner Meinung nach ist es völlig klar, daß die gedachte Regel (man mag ihr im Uebrigen beilegen, welchen Werth man wolle) jedenfalls auf die obligatorischen Verhältnisse beschränkt werden muß.

In den Quellen wird von einem Tragen der Gefahr nur gesprochen, wo ein obligatorisches Band zwischen mehreren Personen besteht; und wenn man auch mit Beziehung auf dingliche Ansprüche von einem Gefahrtragen sprechen wollte, so ist es doch unzweifelhaft, daß die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, hier durchaus nicht maßgebend ist. Um dies zu beweisen, bedarf es in der That keiner weitläuftigen Ausführung; ich will in dieser Beziehung nur Folgendes hervorheben.

Der bonae fidei possessor einer Sache lucrirt die Früchte derselben, obgleich er selbst dann nicht zur Entschädigung verpflichtet ist,

wenn die Sache durch seine culpa untergeht; der malae fidei possessor ist zur Herausgabe der Früchte verpflichtet, obgleich er entschieden in einem höheren Grade die Gefahr trägt, als der bonae fidei possessor. — So steht es bei der rei vindicatio. — Für die hereditatis petitio gelten in Ansehung der Herausgabe des commodum zum Theil andere Grundsätze, die aber eben so wenig sich aus der Regel erklären lassen.

Soviel können wir also von vornherein als feststehend ansehen, daß die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, sich jedenfalls nur auf obligatorische Verhältnisse bezieht. Deshalb ist die Frage, inwieweit derjenige, der mit einer dinglichen Klage in Anspruch genommen wird, den vor der Litiscontestation gemachten Gewinn herauszugeben hat, hier ganz auszuschließen. Was dagegen den nach der Litiscontestation gemachten Gewinn betrifft, so müssen wir in dieser Beziehung die dinglichen Ansprüche in demselben Umfange berücksichtigen, wie die persönlichen, indem mit der Litiscontestation auch bei den dinglichen Ansprüchen ein obligatorisches oder wenigstens der Obligation durchaus analoges Verhältniß zwischen dem Kläger und dem Beklagten entsteht. Aus anderen Gründen werden wir jedoch die Frage, inwieweit der Beklagte von der Zeit der Litiscontestation an zur Herausgabe des commodum verpflichtet ist, mit Beziehung auf das accessorische commodum von unseren Erörterungen ausschließen.

Erster Abschnitt.

Accessorisches commodum.

---

§. 2.

Vorbemerkungen.

Ehe ich näher auf die Frage eingehe, ob und inwieweit die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, in Ansehung des zu dem geschuldeten Gegenstande hinzutretenden commodum gilt, muß ich zunächst die Fälle näher bestimmen, auf welche die Untersuchung sich allein beziehen kann. Hier aber gilt Folgendes.

Die Untersuchung kann sich:

1) nur auf Fälle beziehen, in welchen der Schuldner nicht schon in Folge eines besonderen Verpflichtungsgrundes, sei es durch einen Nebenvertrag oder durch Litiscontestation (nach heutigem Recht: Insinuation der Klage) oder durch Mora zur Leistung des commodum verpflichtet ist. In den eben gedachten Fällen kann nämlich die Verpflichtung des Schuldners, neben dem hauptsächlichen Gegenstande das commodum zu leisten, unter keinen Umständen aus der hier zur Frage stehenden Regel abgeleitet werden.

Im Fall des Nebenvertrages beruht die Verpflichtung des Schuldners auf der verpflichtenden Kraft der Verträge, die selbstverständlich nicht blos für den Fall gilt, wenn der Gläubiger die Gefahr trägt.

In dem Fall der Litiscontestation beruht die Verpflichtung des Beklagten, neben dem Hauptgegenstand der Klage auch das commodum zu leisten, auf dem (gegen den gutgläubigen Beklagten allerdings nicht strenge durchgeführten) Princip, daß der Kläger alles dasjenige haben soll, was er gehabt hätte, wenn die in Anspruch genom-

mene Leistung schon zur Zeit der Litiscontestation beschafft wäre [1]). Wollte man hier die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, zu Grunde legen, so würde es sich schlechterdings nicht erklären lassen, daß der malae fidei possessor in Ansehung des, neben dem hauptsächlichen Gegenstande der Klage zu leistenden commodum nach der Litiscontestation strenger haftet, als der gutgläubige Beklagte, obgleich er doch in Beziehung auf das Tragen der Gefahr viel ungünstiger gestellt ist [2]).

Was endlich die Mora des Schuldners betrifft, so beruht hier die Verpflichtung des Schuldners, neben dem geschuldeten Gegenstande die causa rei zu prästiren, allein darauf, daß er wegen seiner Mora das ganze Zeitinteresse zu leisten hat. Es kommt hier nicht darauf an, wer die Gefahr trägt. Vielmehr muß der Schuldner neben dem Hauptgegenstande der Schuld das commodum leisten, obgleich die

---

1) S. z. B. §. 3 init. I. de off. judicis (4. 17). L. 31. pr. D. de rebus creditis (12. 1), und meine Beiträge, Abth. II. S. 29—32.

2) Schwierigkeit macht hier nur die L. 62. pr. D. de rei vindicatione (6. 1), eine Stelle, die Wächter in seinem trefflichen Handbuch des Würtembergischen Privatrechts II. S. 526 ff. veranlaßt hat, die Regel als maßgebend auch für die Verpflichtung des Beklagten nach der Litiscontestation anzusehen. — Papinian bemüht sich, in dieser Stelle zwei in der römischen Jurisprudenz anerkannte Sätze mit einander zu vereinigen, nämlich den Satz, daß der malae fidei possessor bei Sachen, welche vermiethet zu werden pflegen, wie bei einem Schiff oder einer taberna, das Miethgeld, welches durch Vermiethung hätte gewonnen werden können, an den Kläger zu zahlen hat, und ferner den Satz, daß der verklagte Besitzer einer Erbschaft von der „pecunia deposita, quam non attingit," keine Zinsen zu zahlen braucht. Er bemerkt zu diesem Behuf: „vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis foeneretur." — Nach diesen Worten scheint es allerdings, als ob der Anspruch des Gläubigers auf die hier zur Frage stehenden Vortheile davon abhängt, ob er die Gefahr trägt. Dies ist jedoch keineswegs der Fall. — Was den ersten Satz betrifft, so werde ich darauf im §. 10. näher eingehen; es wird sich dort ergeben, daß die Verpflichtung des Beklagten, von der Zeit der Litiscontestation an die Miethgelder zu bezahlen, durchaus nicht in der hier zur Frage stehenden Regel ihren Grund hat. — Was die Entscheidung in Ansehung der pecunia deposita betrifft, so schließe ich mich in dieser Beziehung der Erklärung an, welche v. Savigny, System VI. S. 152 ff. giebt. Jedenfalls darf man aus der L. 62. pr. D. cit. kein Princip für die Wirkungen der Litiscontestation entnehmen, da dieses, wenn es irgend consequent durchgeführt werden sollte, mit den übrigen Entscheidungen der Quellen in Widerspruch stehen würde.

Gefahr der möglichen Unglücksfälle in bei weitem den meisten Fällen ihn und nicht den Gläubiger trifft.

2) In der nachfolgenden Untersuchung haben wir es nur mit den Obligationen zu thun, welche auf Leistung eines individuell bestimmten Gegenstandes gerichtet sind.

Bei den Obligationen auf Leistung eines genus oder fungibler Sachen kann von einem Zuwachs, von einem zum geschuldeten Gegenstand hinzutretenden commodum nicht die Rede sein, weil ein solches Hinzutreten einen bestimmten Gegenstand voraussetzt [3]). Nur in zwei Beziehungen könnte man hier etwa von einem commodum sprechen.

Zuerst kann in so fern ein Gewinn eintreten, als in Folge eines Steigens der Preise der Werth der vom Schuldner zu leistenden Sachen sich vermehren kann. Dies kann eben so gut bei fungiblen Sachen, als bei species vorkommen; ja bei den ersteren kommt es fast noch häufiger vor, als bei den letzteren.

In der L. 12. C. de act. empti (4. 49) wird nun gesagt:

„Sicut periculum vini mutati, quod certum fuerat comparatum, ad emptorem, ita commodum aucti pretii pertinet.“

Man könnte hiernach glauben, daß in Beziehung auf das commodum aucti pretii die Regel gelte, daß nur derjenige einen Anspruch darauf habe, der die Gefahr trage. Es ist aber völlig klar, daß der Vortheil jedem Gläubiger ohne Rücksicht darauf, ob er die Gefahr trägt, zu Gute kommt. Wenn ich eine Quantität Weizen ohne nähere Bestimmung der species mir versprechen lasse, so trage ich nicht die Gefahr, und doch habe ich in diesem Fall eben so wohl, wie in dem Fall, wenn ich eine in specie bestimmte Quantität gekauft habe, den oben gedachten Vortheil. Der Schuldner kann um deswillen, weil die Preise gestiegen sind, sich seiner Verpflichtung nicht entziehen. Es ist dies auch von den Römern auf das Entschiedenste anerkannt, indem sie, auch wo es sich um fungible Sachen handelt,

3) Anders verhält sich dies, wenn die Obligation zwar eine Auswahl zuläßt, aber nur eine Auswahl zwischen mehreren individuell bestimmten Gegenständen, z. B. dieses oder jenes bestimmte Pferd; ein von den gegenwärtig im Vermögen des Schuldners befindlichen Pferden. Hier kann allerdings zu einem der Gegenstände ein commodum hinzutreten, indem z. B. eines der Pferde ein Füllen wirft, und es fragt sich dann, ob der Gläubiger unter Umständen einen Anspruch auf das commodum erheben kann.

die Schätzung nicht nach der Zeit des abgeschlossenen Geschäfts, sondern bei strengen Klagen nach der Zeit der Litiscontestation, bei freien Klagen nach der Zeit des Urtheils vornahmen, also das bis dahin eingetretene Steigen der Preise berücksichtigten.

Die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, läßt sich also in Beziehung auf den hier zur Frage stehenden Vortheil schlechterdings nicht anwenden [4]). Ueberdies kann man diesen Vortheil auch nur in uneigentlicher Weise als ein zur geschuldeten Sache hinzutretendes commodum bezeichnen.

Ein ferneres commodum, welches auch bei fungiblen Gegenständen vorkommen kann, sind die Zinsen. Da gesetzliche Zinsen nur beim Gelde vorkommen, so haben wir es hier nur mit Geldschulden zu thun; und in der That beziehen sich denn auch die Stellen, auf welche man sich berufen hat, um eine Anwendung der zur Frage stehenden Regel auf die Zinsen zu rechtfertigen, sämmtlich auf Obligationen, welche die Leistung einer Geldsumme zum Gegenstande haben. Es sind dies namentlich die L. 10. §. 8. D. mandati (17. 1) und die L. 67. §. 1. D. pro socio (17. 2) [5]).

Nach der ersten Stelle kann ich, wenn ich meinem Procurator den Auftrag gegeben habe, mein Geld auszuleihen, von dem Procurator die Zinsen, die derselbe eingenommen hat, verlangen, selbst dann, wenn ich ihm auftrug, das Geld ohne Zinsen auszuleihen, und er es dennoch gegen Zinsen ausgeliehen hat. Es wird hinzugefügt: dies gelte, obgleich die actio mandati, wenn der Procurator

---

4) Nur dann ließe sich die Anwendung der Regel auf das commodum aucti pretii vertheidigen, wenn man die Worte: cujus periculum est nicht allgemein auf das periculum casus, sondern auf die Gefahr in Ansehung einer beschränkten Classe von Ereignissen bezöge. Man könnte dann nämlich sagen: demjenigen falle das commodum aucti pretii zu, den der Schaden betroffen hätte, wenn die Preise, statt zu steigen, gefallen wären. Wir werden jedoch weiter unten in diesem Paragraphen sehen, daß die Regel in der eben gedachten Weise nicht verstanden werden kann.

5) Eine andere Stelle, die man hieher ziehen könnte, ist die L. 44. §. 1. D. ad S. C. Trebellianum (36. 1). Es wird hier gesagt: der Erbe brauche an den Fideicommissar die Zinsen, die er vom Erbschaftsgelde gezogen hat, nicht zu zahlen, „quia suo periculo foeneravit." Aus dem ferneren Inhalt der Stelle, sowie aus anderen Stellen geht aber hervor, daß der Erbe überhaupt nicht verpflichtet ist, dem Fideicommissar neben den vermachten Gegenständen das commodum derselben zu leisten; um so weniger kann also von einem Anspruch auf Zinsen die Rede sein.

auf seine eigene Gefahr das Geld ausgeliehen hätte, in Ansehung der Zinsen cessiren würde. — Nach der zweiten Stelle soll der socius, welcher gemeinschaftliches Geld auf Zinsen ausgeliehen hat, nur dann verpflichtet sein, die Zinsen mitzutheilen, wenn er im Namen der Societät das Geld ausgeliehen hat; dagegen soll er die Zinsen behalten dürfen, wenn er in eigenem Namen das Geld ausgeliehen hat, weil er alsdann die Gefahr in Beziehung auf das Capital trägt.

Auf Grund dieser Stellen wendet Ihering die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, auch auf die Zinsen an [6]), und in ähnlicher Weise verfährt Wächter, indem er die Verpflichtung des Schuldners, von der Zeit der Litiscontestation an Zin-

6) Ihering, Abhandlungen S. 60 ff. S. 75. Er macht jedoch auf Grund der L. 30. D. de hered. pet. (5. 3) eine Ausnahme in Beziehung auf die hereditatis petitio. — Obgleich ich die dinglichen Klagen von meiner Betrachtung ausgeschlossen habe (s. oben S. 3 ff.), so will ich doch mit ein paar Worten auf die Stelle eingehen, um zu zeigen, daß sie in der That mit unserer Regel in keiner Beziehung steht. — Nach der L. 30. D. cit. muß der bonae fidei possessor, wenn er Geld, welches er in der Erbschaft findet, auf Zinsen ausleiht, die gewonnenen Zinsen, soweit er noch dadurch bereichert ist, an den Kläger herausgeben. Ihering findet dies übereinstimmend mit der Regel, da der bonae fidei possessor nicht die Gefahr in Ansehung des Capitals trägt, sondern überhaupt nur haftet, insoweit er bereichert ist, also auch nur die Klage auf das Capital zu cediren braucht. Offenbar beruht aber die Entscheidung gar nicht auf unserer Regel, sondern darauf, daß der gutgläubige Besitzer der Erbschaft nur die Bereicherung, diese aber auch ganz herauszugeben hat. — Wenn dagegen ein malae fidei possessor Geld, welches er in der Erbschaft findet, auf Zinsen ausleiht, so kann er den Erben nicht mit Cession der Klage abfinden, er haftet unbedingt auf Zahlung des Capitals. Der Erbe kann aber doch auch vom malae fidei possessor die gezogenen Zinsen verlangen; nur muß er dann zugleich die Gefahr in Ansehung des ausstehenden Capitals übernehmen. Dies erklärt sich aus dem, in Ansehung der hereditatis petitio anerkannten Grundsatze (s. z. B. L. 36. §. 3. D. de hered. pet. 5. 3), daß der malae fidei possessor unter keinen Umständen besser gestellt sein soll, als der bonae fidei possessor. Ist es also dem Kläger wegen der besonderen Umstände des einzelnen Falles vortheilhafter, gegen den malae fidei possessor die Grundsätze eintreten zu lassen, welche in Ansehung des bonae fidei possessor eingeführt sind, so steht ihm dies frei. — Ihering findet in der Entscheidung über den malae fidei possessor eine Ausnahme von der Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est; in der That bezieht sich aber die Regel von vornherein gar nicht auf die, in der L. 30. D. de hered. pet. erörterten Fälle.

sen von dem eingeklagten Gelde, sogenannte Proceßzinsen, zu zahlen, aus dem Grunde läugnet, weil der Schuldner die Gefahr trage [7]).

Ich will nun im Nachfolgenden zuerst die eben citirten Stellen näher ins Auge fassen und zeigen, daß die in diesen Stellen enthaltenen Entscheidungen durchaus nicht auf der Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, beruhen. Sodann will ich an anderen Entscheidungen der Quellen zeigen, wie verkehrt es sein würde, wenn man das Recht des Gläubigers auf gesetzliche Zinsen davon abhängig machen wollte, daß er in Ansehung des Capitals die Gefahr trägt.

Betrachten wir zunächst die L. 10. §. 8. D. mandati (17. 1), so bezieht sie sich auf einen Fall, wo Jemand als Mandatar Geld für einen Anderen ausgeliehen hat. Der Grund nun, weshalb der Procurator, der im Auftrage des Principals dessen Geld verzinslich ausgeliehen hat, die eingenommenen Zinsen herausgeben muß, liegt offenbar darin, daß er überhaupt Alles herausgeben muß, was er in Folge des Mandats eingenommen hat. Ja selbst dann, wenn ihm der Auftrag ertheilt war, das Geld unverzinslich auszuleihen, und er trotzdem das Geld auf Zinsen ausgeliehen hat, kann der Principal, wenn er die Ueberschreitung des Mandats genehmigen will, die Zinsen fordern.

Daß der Principal in diesen Fällen immer die Gefahr in Ansehung des Capitals trägt, läßt sich durchaus nicht behaupten. Nehmen wir z. B. folgenden Fall: A. hat dem B. aufgetragen, 1000, die derselbe für ihn zu verwalten hat, zu 3 Proc. in Grundstücken auf erste Priorität zu belegen. B. belegt das Geld im Namen des A. zu 5 Proc., aber gegen ungenügende Sicherheit. Hier trägt B. die Gefahr in Ansehung des Capitals; er hat suo periculo das Capital ausgeliehen; dessen ungeachtet kann A. die höheren Zinsen, die B. eingenommen hat, fordern, wenn er das Geschäft ratihabiren will, in welchem Fall dann allerdings die Gefahr nachträglich dem B. abgenommen wird.

Der Grund des Anspruchs auf Zinsen liegt also nicht darin, daß der Geschäftsführer das Capital auf die G e f a h r des Gläubigers ausgeliehen hat, sondern darin, daß er dasselbe als G e s c h ä f t s f ü h r e r des Gläubigers ausgeliehen hat.

---

7) v. Wächter, Handbuch des Würtembergischen Privatrechts II. S. 526 ff.

Hat der Schuldner dagegen das Capital in eigenem Namen (nicht als Geschäftsführer) ausgeliehen, so läßt sich ein Anspruch auf Zinsen aus dem eben angegebenen Gesichtspunkt nicht herleiten. Daß aber der Procurator, wenn er in gewinnsüchtiger Weise das fremde Geld in eigenem Namen ausleiht, niemals Zinsen zu zahlen hat, hat Ulpian gewiß nicht sagen wollen. Ein solcher Satz dürfte auch mit der L. 10. §. 3. D. mandati (17. 1) schwer zu vereinigen sein.

Ganz in derselben Weise erklärt sich die L. 67. §. 1. D. pro socio (17. 2). Wenn ein socius, der gemeinschaftliches Geld in Händen hat, dieses im Namen der Societät, also als Geschäftsführer derselben, verzinslich ausleiht, so kann der andere socius Mittheilung der Zinsen fordern, auch dann, wenn die Gefahr des Ausleihens den ersteren trifft, z. B. weil er in unverantwortlicher Weise für die genügende Sicherheit zu sorgen unterlassen hat. Es verhält sich hier eben so, wie in dem vorhergehenden Falle.

Das Resultat, welches wir aus den citirten Stellen entnehmen können, ist also dies, daß der Gläubiger von dem Schuldner, der sein Geld auf Zinsen ausgeliehen hat, die eingenommenen Zinsen verlangen kann, wenn der Schuldner als sein Geschäftsführer gehandelt hat, sonst aber nicht, in so fern nicht etwa ein besonderer, sonstiger Verpflichtungsgrund vorliegt. Daß die römischen Juristen hier zugleich von dem Tragen der Gefahr in Ansehung des ausgeliehenen Capitals sprechen, erklärt sich ohne Schwierigkeit daraus, daß der Gläubiger in der Regel die Gefahr tragen wird, wenn der Schuldner als sein Geschäftsführer das Capital ausgeliehen hat. Aber beides trifft nicht nothwendig zusammen; und die Verpflichtung des Schuldners zur Herausgabe der Zinsen beruht in keinem der erwähnten Fälle darauf, daß der Gläubiger in Ansehung des Capitals die Gefahr trägt.

Die L. 10. §. 8. D. mandati (17. 1) und die L. 67. §. 1. D. pro socio (17. 2) beweisen also durchaus nicht, daß die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, auf Zinsen angewendet werden kann. Wir brauchen aber nicht dabei stehen zu bleiben, die Beweiskraft dieser Stellen vernichtet zu haben; vielmehr läßt sich aus anderen Entscheidungen der Quellen auch direct beweisen, daß die gedachte Regel für die Beantwortung der Frage, in welchen Fällen der Gläubiger ein Recht auf gesetzliche Zinsen hat, in keiner Weise maßgebend ist.

Ich brauche nur darauf hinzuweisen, daß der Käufer den Kaufpreis von der Zeit an verzinsen muß, wo ihm die gekaufte Sache tradirt ist, und doch trägt er und nicht der Verkäufer die Gefahr in Ansehung des Kaufpreises. Eben so kann derjenige, der als Geschäftsführer einen nothwendigen Aufwand für einen Andern gemacht hat, neben dem aufgewendeten Gelde Zinsen verlangen, obgleich der Geschäftsherr den nothwendigen Aufwand auch dann erstatten muß, wenn er in Folge später eingetretener Ereignisse ohne Vortheil für ihn gewesen ist.

Diese Entscheidungen stehen mit der zur Frage stehenden Regel in dem vollständigsten Widerspruch. Eben so ist die Regel aber auch für diejenigen Fälle, wo Jemand als Geschäftsführer Geld von dem Principal erhalten oder für ihn eingenommen hat, also eben für die Fälle, auf welche sich die L. 10. §. 8. D. mandati und die L. 67. §. 1. D. pro socio beziehen, völlig unanwendbar.

In diesen Fällen liegt zunächst keine wahre Geldschuld vor. Der Geschäftsführer haftet zunächst nur auf die einzelnen ihm übergebenen nummi, und ist von der Verpflichtung zur Restitution befreit, wenn diese völlig ohne seine Schuld ihm abhanden kommen [8]). Der Schuldner trägt hier also zunächst nicht die Gefahr, und doch ist er zur Zahlung von Zinsen nicht verpflichtet. In vielen Fällen wird aber später eine solche Verpflichtung eintreten. Wenn nämlich derjenige, der die Verwaltung eines fremden Vermögens übernommen hat, und in Folge davon zu positiven Handlungen verpflichtet ist, das zu diesem Vermögen gehörige Geld verzinslich zu belegen versäumt, so muß er Zinsen zahlen [9]), und doch trägt er von jetzt an zugleich die Gefahr in Ansehung des Capitals. Wenn das Geld, welches er, statt es auszuleihen, in seinem Hause hat liegen lassen, in Folge einer Feuersbrunst untergeht, so ist der Geschäftsführer zur Entschädigung verpflichtet [10]). Also: der Schuldner hat, so lange er das Geld ohne ein Versäumniß in seinem Hause liegen läßt, keine Zinsen zu bezahlen, obgleich der Gläubiger in Ansehung des Capitals die Gefahr trägt; dagegen hat er von dem Augenblick an, wo ihm ein Versäum-

---

8) L. 3. D. de hered. vend. (18. 4). S. auch L. 13. D. de negot. gestis (3. 5) und dazu meine Beiträge, Abth. I. S. 51.

9) L. 19. §. 4. D. de negot. gest. (3. 5). L. 15. D. de adm. tut. (26. 7).

10) Vergl. L. 13. D. de negot. gestis (3. 5).

niß zur Last fällt, Zinsen zu bezahlen, obgleich der Gläubiger jetzt nicht mehr die Gefahr trägt. So tritt mithin in dem gedachten Fall gerade das Umgekehrte von dem ein, was wir nach der Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, erwarten müßten.

Dieses wird, wie ich glaube, genügen, um zu zeigen, daß die Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung gesetzlicher Zinsen nicht davon abhängig gemacht werden kann, daß der Gläubiger in Ansehung des Capitals die Gefahr trägt. Die Entscheidungen, die dies beweisen, lassen sich überdies sehr leicht vermehren, auch ohne daß man nöthig hat, die Verzugszinsen anzuführen. Ich brauche nur auf die Zinsen noch hinzuweisen, die wegen unbefugter Verwendung fremden Geldes in eigenen Nutzen zu zahlen sind.

Aus dem Angeführten rechtfertigt es sich zugleich, daß ich bei der Erörterung über das accessorische commodum mich auf diejenigen Obligationen beschränke, die auf Leistung individuell bestimmter Gegenstände gerichtet sind.

Nachdem ich nun die Fälle näher angegeben habe, auf welche die nachfolgende Untersuchung sich allein zu beziehen hat, muß ich noch einige Bemerkungen vorausschicken über die Bedeutung, welche der Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, in Beziehung auf das accessorische commodum beizulegen ist, in so fern sie überhaupt dafür gilt.

Zu diesem Behuf ist es nöthig, die Bedeutung näher festzustellen, welche die Worte: cujus periculum est, in dem hier zur Frage stehenden Zusammenhange haben.

Hier ist es nun zunächst klar, daß wir nur an solche Ereignisse denken können, die überhaupt einen Einfluß auf die Verbindlichkeit des Schuldners äußern können, also an solche Ereignisse, die eine wahre Unmöglichkeit der Leistung zur Folge haben. Ferner kann, in so fern es sich um das accessorische commodum handelt, nicht an ein periculum culpae gedacht werden, sondern nur an das periculum in Ansehung solcher Ereignisse, die ohne ein Verschulden des Debitor eintreten. Dagegen fragt es sich, ob wir die Worte: cujus periculum est auf ein einzelnes bestimmtes Ereigniß oder auf eine bestimmte Art von Ereignissen oder ganz allgemein auf die ohne ein

Verschulden des Debitor eintretenden nachtheiligen Ereignisse zu beziehen haben.

Wir werden unten sehen, daß es bei dem stellvertretenden commodum nicht darauf ankommt, wer im Allgemeinen die Gefahr nachtheiliger Ereignisse trägt, sondern darauf, wer die Gefahr trägt in Ansehung des bestimmten einzelnen Ereignisses, welches auf der einen Seite die Leistung dem Schuldner unmöglich gemacht, auf der anderen Seite ein commodum herbeigeführt hat. Bei dem commodum, welches zu dem geschuldeten Gegenstande hinzutritt, ist eine solche Auffassung nicht möglich, weil die Thatsache, welche den Entstehungsgrund für das commodum bildet, in den meisten Fällen nicht zugleich auch einen Nachtheil zur Folge hat.

Eben so wenig können wir bei den Worten: cujus periculum est, blos an ein Tragen der Gefahr in Ansehung einer bestimmten Classe von Ereignissen denken. Die Erwägung, daß eine Thatsache, die in dem concreten einzelnen Fall einen Vortheil gebracht hat, unter veränderten Umständen einen Nachtheil hätte bringen können, könnte dahin führen, der Regel den Sinn beizulegen, daß derjenige den Anspruch auf das commodum haben solle, den die Gefahr getroffen hätte, wenn die zur Frage stehende Thatsache, statt, wie im concreten Fall, Vortheil zu bringen, einen Nachtheil zur Folge gehabt hätte; daß also demjenigen das commodum zuzusprechen sei, der die Gefahr in Ansehung der zur Frage stehenden besonderen Art von Thatsachen trage. In der That wird auch in den Quellen in Beziehung auf den Zuwachs durch Alluvion gesagt: der Käufer habe einen Anspruch auf diesen Zuwachs, weil ihn der Nachtheil treffen würde, wenn der Fluß, statt Land anzuschwemmen, Land abgespült hätte [11]). Dessenungeachtet können wir die Regel nicht in der eben gedachten Weise verstehen. Denn manche und zum Theil gerade die wichtigsten Thatsachen, die ein commodum herbeiführen, können auch unter noch so veränderten Umständen keinen positiven Schaden bringen, oder wenigstens würde es bei denselben im höchsten Grade fern liegen, an einen Schaden, den sie möglicherweise bringen könnten, zu denken; so bei der Trennung und Perception der Früchte, bei dem Finden eines Schatzes u. s. w. Ueberdies würde die gedachte Auffassung der Regel einen Unterschied zwischen den einzelnen Arten der nachtheiligen Ereignisse

---

11) L. 7. pr. D. de periculo (18. 6).

in Beziehung auf das Tragen der Gefahr voraussetzen, wie ihn das römische Recht nicht kennt. Die Römer machen allerdings einen Unterschied, jenachdem die nachtheiligen Ereignisse eine Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt haben oder nicht, und ferner jenachdem dieselben in einem Verschulden des Debitor ihren Grund haben oder ohne ein solches Verschulden eingetreten sind. Dagegen macht es nach dem römischen Recht in Beziehung auf das Tragen der Gefahr keinen Unterschied, ob der Schaden durch das Flußwasser oder durch ein Erdbeben u. s. w. herbeigeführt ist.

Wir müssen demnach die Worte: cujus periculum est, ganz allgemein auf die nachtheiligen Ereignisse beziehen, die ohne ein Verschulden des Debitor eintreten.

Die Bedeutung der Regel ist also, in so fern wir sie auf das accessorische commodum anwenden wollen, die, daß demjenigen das commodum zufallen soll, welcher die Gefahr trägt in Ansehung derjenigen nachtheiligen Ereignisse, die ohne ein Verschulden des Debitor eintreten und eine Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen.

Ueber den Zusammenhang, in welchem der Anspruch auf das commodum mit dem Tragen der Gefahr steht, giebt die Regel keinen bestimmten Aufschluß. Man kann sich die Sache so denken, daß der Anspruch auf das commodum als ein Aequivalent für das Tragen der Gefahr zu betrachten ist, daß also derjenige, der die Gefahr trägt, e b e n d e s h a l b einen Anspruch auf das commodum haben soll. O d e r man kann sich die Sache so denken, daß beides zusammentrifft, ohne daß ein solcher Causalzusammenhang stattfindet. Soll aber in diesem letzten Fall das Zusammentreffen nicht ein durchaus Zufälliges und demnach Unsicheres sein, so muß es darauf beruhen, daß dieselben Gründe, welche über das Tragen der Gefahr entscheiden, auch für den Anspruch auf das commodum maßgebend sind.

In den Quellen finden wir einzelne Stellen, in welchen die Regel in der ersteren Weise aufgefaßt zu sein scheint; die meisten Stellen begnügen sich aber damit, das commodum und das periculum als etwas aufzuführen, was bei derselben Hand sei.

Nach diesen Vorbemerkungen kann ich mich nun zu der Frage wenden, ob und in welchem Umfange die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, in Ansehung des accessorischen com-

modum gilt. Bei der Untersuchung sind aber zwei verschiedene Arten dieses commodum zu unterscheiden. Wir müssen nämlich von einander trennen:

1) dasjenige commodum, welches in den geschuldeten Gegenstand ganz aufgeht;

2) das commodum, welches nicht in den geschuldeten Gegenstand ganz aufgeht, sondern daneben ein selbständiges Bestehen hat [12]).

Von der ersten Art des accessorischen commodum wird der §. 3 handeln; auf die zweite Art werden die §§. 4 und 5 sich beziehen.

---

§. 3.

1. Accessorisches commodum, welches ganz in den geschuldeten Gegenstand aufgeht.

Das commodum, welches ganz in den Gegenstand, zu dem es hinzutritt, aufgeht, kann in einer körperlichen Accession (Erweiterung der Sache) oder in einer juristischen Accession (Erweiterung des Rechts) bestehen [1]).

Betrachten wir zunächst die körperliche Accession, so kommen hier nur die Fälle in Betracht, wo das zum geschuldeten Gegenstand Hinzutretende integrirender Theil desselben wird. Der einzige in den Quellen besprochene Fall ist der Fall einer Vergrößerung des geschuldeten Grundstücks durch Alluvion. Ein anderer Fall ist der, wenn in Folge einer s. g. adjunctio eine Sache Theil der geschuldeten Sache wird; doch muß hier die Verbindung eine solche sein, daß die hinzutretende Sache ihre Selbständigkeit vollständig verliert, mithin eine untrennbare Verbindung. Dagegen können wir selbst-

---

12) Angedeutet ist dieser Unterschied auch von Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. I. §. 149. II. 1. und Sintenis, Civilrecht, II. S. 348 ff.

1) Die Ausdrücke: körperliche und juristische Accession sind von Ihering, Abhandlungen S. 9 entlehnt. Man könnte außerdem noch den Vortheil, der durch ein Steigen der Preise eintritt, hieher rechnen, wenn es nicht als unpassend erschiene, diesen Vortheil als ein zum geschuldeten Gegenstand hinzutretendes commodum zu bezeichnen. Uebrigens gilt von diesem Vortheil dasselbe, wie von der körperlichen Accession.

verständlich die insula in flumine nata, die separirten Früchte, den gehobenen Schatz nicht hieher rechnen.

In Beziehung auf die Alluvion wird es nun ausdrücklich anerkannt, daß der Vortheil derselben dem Gläubiger zufalle[2]); und dasselbe muß von den übrigen Fällen der hier in Betracht kommenden körperlichen Accession gelten. Es fragt sich aber, ob dies in der Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, seinen Grund hat.

In den Quellen wird allerdings der Anspruch des Käufers auf den Vortheil der Alluvion geradezu als eine Anwendung der Regel bezeichnet[3]). Dessenungeachtet müssen wir behaupten, daß der Anspruch des Gläubigers auf die hier zur Frage stehende Accession gar nichts mit der Regel zu schaffen hat.

Der Gläubiger hat diesen Anspruch *immer*, und nicht bloß dann, wenn er die Gefahr trägt; er hat diesen Anspruch daher auch nicht aus dem Grunde, *weil* er die Gefahr trägt, und endlich auch nicht aus *demselben* Grunde, wegen dessen er die Gefahr trägt.

Bei einseitigen Obligationen auf Leistung einer individuell bestimmten Sache trägt der Gläubiger nach den gesetzlichen Regeln immer die Gefahr; der Schuldner trägt sie nur dann, wenn er sie besonders übernommen hat. Es wird aber gewiß Niemand bezweifeln wollen, daß der Gläubiger auch im letzten Falle das hier zur Frage stehende commodum verlangen kann[4]).

Man könnte allerdings sagen: es komme lediglich darauf an, wer nach den gesetzlichen Regeln die Gefahr zu tragen habe; Neben-

---

2) §. 3. I. de emptione (3. 23). L. 7. pr. D. de periculo (18. 6). L. 10. §. 1. D. de jure dot. (23. 3). L. 16. D. de legatis 3. (32).

3) §. 3. I. de emptione (3. 23): „— — Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet. Nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est.“ — L. 7. pr. D. de periculo (18. 6).

4) Es ist hier natürlich nicht an solche Fälle gedacht, wo die Gefahr den Schuldner trifft, weil in Folge einer Nebenverabredung, z. B. einer aestimatio der hingegebene Gegenstand ganz aus dem Obligationsnexus ausgetreten ist. Wenn ein Grundstück, welches nach vorgängiger aestimatio in dotem gegeben ist, durch Alluvion einen Zuwachs bekommt, so kommt dieser Vortheil natürlich dem Schuldner zu Statten, aber nicht deshalb, weil er die Gefahr trägt, sondern deshalb, weil das Grundstück gar nicht Gegenstand der obligatorischen Leistung ist. Gegenstand der obligatorischen Leistung ist nur die Geldsumme, und diese hat keinen Zuwachs bekommen.

verabredungen, die sich bloß auf das periculum bezögen, hätten auf das commodum keinen Einfluß. Es ließe sich dann die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, aufrecht erhalten, und nur darauf müßte man verzichten, in dem Tragen der Gefahr den Grund für den Anspruch auf das commodum zu finden. — Aber auch in dieser Weise läßt sich die Regel nicht aufrecht erhalten. Dies zeigt sich auf das Unzweifelhafteste bei den gegenseitigen Obligationen, wenn wir es auch nicht durch ausdrückliche Entscheidungen der Quellen belegen können.

Bei dem perfecten Kaufcontract fällt allerdings das Tragen der Gefahr und der Anspruch auf das commodum zusammen, weil hier der Gläubiger (der Käufer) die Gefahr trägt. Es giebt jedoch gegenseitige Obligationen, bei welchen der Schuldner die Gefahr trägt; dahin gehört namentlich der imperfecte Kaufcontract und die Sachenmiethe, und auch bei diesen können wir dem Gläubiger das hier in Frage stehende commodum nicht absprechen. Wenn Jemand ein Grundstück unter einer Bedingung kauft, und vor Erfüllung der Bedingung Land anschwemmt, so kann gewiß der Käufer das angeschwemmte Land mit in Anspruch nehmen, obgleich er nicht die Gefahr trug. Ebenso verhält es sich bei der Sachenmiethe. Der Vermiether ist verpflichtet, dem Miether die vermiethete Sache zur Benutzung zu überlassen. Er trägt die Gefahr; denn, wenn die vermiethete Sache ohne Verschulden des Miethers zu Grunde geht, so kann der Vermiether nicht nur keine Entschädigung verlangen, sondern auch die Gegenleistung nicht in Anspruch nehmen. Dessenungeachtet wird nicht leicht Jemand bezweifeln, daß das Benutzungsrecht des Pächters, wenn das verpachtete Grundstück einen Zuwachs durch Alluvion erhält, sich auch auf diesen Zuwachs erstreckt[5]).

Ist nun dieses richtig, so kann das Recht des Gläubigers auf die hier besprochene körperliche Accession nicht daraus abgeleitet

---

5) Auch von Ihering, Abhandlungen S. 7. Anm. 1 wird dies als sich von selbst verstehend angenommen. Dafür dürfte auch die Analogie des Usufructs sprechen. L. 9. §. 4. D. de usufructu (7. 1). Mit dieser Stelle steht auch der Ausspruch des Paulus in den Rec. Sent. III. tit. 6. §. 22 nicht in Widerspruch. Paulus will hier nur sagen, daß das angeschwemmte Land dem Usufructuar nicht gleich den Früchten zum Eigenthum zufällt; dagegen will er nicht läugnen, daß dem Usufructuar das Benutzungsrecht am angeschwemmten Lande zusteht. Auf Letzteres bezieht sich der Ausspruch des Paulus überhaupt nicht.

werden, daß er die Gefahr trägt, auch nicht aus demselben Grunde, aus welchem er die Gefahr trägt. Und in der That kann es denn auch nicht bezweifelt werden, daß der Grund ein ganz anderer ist. Das Recht des Gläubigers erstreckt sich auf diese Accession, weil sie ganz und gar Theil der ihm geschuldeten Sache geworden, in dieselbe aufgegangen ist, und keine selbständige Bedeutung für sich hat. Wenn dennoch in den Quellen der Anspruch des Gläubigers auf den Zuwachs durch Alluvion als eine Anwendung der Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, bezeichnet wird, so ist dies entschieden unrichtig. Die falsche Motivirung erklärt sich daraus, daß die Stellen, in welchen dieselbe sich findet, sich auf den Kaufcontract beziehen, und daß bei diesem Contract, wie wir im folgenden Paragraphen sehen werden, allerdings in einer gewissen Weise die zur Frage stehende Regel als zutreffend betrachtet werden kann. Es ist nur unrichtig, gerade den Satz, daß der Käufer auf den Zuwachs durch Alluvion einen Anspruch hat, mit der Regel in Verbindung zu setzen.

Aus dem angegebenen Grunde ergiebt sich noch ein Ferneres. Der Gläubiger hat den Anspruch auf das hier zur Frage stehende commodum nicht nur dann, wenn das Hinzutreten desselben in zufälligen Umständen seinen Grund hat, wie das bei der Alluvion immer der Fall ist, sondern auch dann, wenn es durch eine willkürliche Thätigkeit des Schuldners herbeigeführt ist. — Nehmen wir an, daß A. eine Statue, an welcher der Arm fehlt, an B. verkauft, und vor der Tradition den zur Statue gehörigen Arm aufgefunden und angeschweißt hat, so wird B. die Statue mit dem Arm fordern können; dem Schuldner kann nur das Recht eingeräumt werden, wegen der von ihm gemachten Aufopferung nach den über die Impensen geltenden Grundsätzen Ersatz zu fordern. Die Umstände, in Folge deren die Verbindung eingetreten ist, haben nur einen Einfluß auf die etwaige Ersatzforderung des Schuldners, nicht auf die Entscheidung der Frage, ob der Gläubiger das commodum in Anspruch nehmen kann.

Ich wende mich jetzt zu der juristischen Accession (Erweiterung des Rechts). Eine solche Accession liegt namentlich dann vor, wenn das Eigenthum, welches der Schuldner dem Gläubiger zu über-

tragen verpflichtet ist, vor der Erfüllung der Obligation durch das Hinwegfallen beschränkender Rechte sich erweitert [6]. — Diese Accession kommt nicht blos bei den Obligationen in Betracht, welche auf ein eigentliches dare gehen, sondern ganz in gleicher Weise auch beim Kaufcontract, wo die Verpflichtung des Schuldners zwar nicht geradezu auf Uebertragung des Eigenthums geht, aber doch darauf, daß der Käufer die Sache so behalten könne, als wenn sie durch die Tradition in sein Eigenthum gekommen wäre.

Dagegen versteht es sich von selbst, daß wir hier nur den Fall vor Augen haben, wo die Verpflichtung des Schuldners ihrem ursprünglichen Inhalte nach darauf geht, daß er die geschuldete Sache, als eine mit dem beschränkenden Rechte belastete leiste. Hat der Schuldner sich (ausdrücklich oder stillschweigend) verpflichtet, die Sache als frei von dem in Frage stehenden, beschränkenden Recht zu leisten, so kann, wenn die Beschränkung später hinwegfällt, nicht von einem zu dem geschuldeten Gegenstand hinzutretenden commodum die Rede sein. Der Schuldner ist durch den späteren Wegfall des beschränkenden Rechts nur in den Stand gesetzt, dasjenige zu leisten, was bereits den ursprünglichen Gegenstand der geschuldeten Leistung bildet.

Für die juristische Accession gelten dieselben Regeln, wie für die eben erwähnte körperliche Accession, insofern sie wirklich ganz dieselbe Natur hat, d. h. insofern die hinzugetretene Erweiterung des Rechts

---

6) Ihering a. a. O. S. 9 stellt mit dem im Text erwähnten Falle noch einige andere Fälle auf gleiche Linie, nämlich den Fall, wo der Miteigenthümer, der seinen Theil verkauft hat, später den anderen Theil der Sache hinzuerwirbt, sowie ferner den Fall, wenn dem Erben, der seinen Erbtheil in Folge eines Fideicommisses oder Verkaufs herauszugeben hat, der Theil des Miterben accrescirt. Dies hängt damit zusammen, daß er den oben (S. 16) hervorgehobenen Unterschied nicht berücksichtigt. — Dagegen kann man zu den im Texte besprochenen juristischen Accessionen die Accessionen von Forderungen rechnen, die für sich keine selbständige Bedeutung haben, wie besonders das Pfandrecht, welches Jemand für eine Forderung erwirbt, die er zu cediren verpflichtet ist. Durch die Cession der Forderung erhält der Cessionar in diesem Falle zugleich das Pfandrecht. Vgl. L. 73. pr. D. ad S. C. Trebell. (36. 1). Der Sinn dieser Stelle ist folgender: Durch die Restitution der Erbschaft ex Scto. Trebelliano erhält der Fideicommissar allerdings nicht das Pfandrecht, welches der Fiduciar für eine Erbschaftsforderung erworben hat; er kann aber, um den Vortheil des Pfandrechts zu erlangen, fordern, daß die Forderung, für welche das Pfandrecht bestellt ist, ihm besonders cedirt werde, und dann erhält er damit eo ipso auch den Vortheil des Pfandrechts.

als etwas für sich Bestehendes, Selbständiges nicht existiren kann; aber es giebt manche Fälle einer Erweiterung des Rechts, bei welchen dieses Merkmal nicht zutrifft. Ich will dies an einigen Beispielen zeigen.

Wenn das Eigenthum sich dadurch erweitert, daß Realservituten, die auf dem geschuldeten Grundstück lasteten, später hinwegfallen, so kommt dies dem Gläubiger zu Gute. Dies gilt nicht blos dann, wenn der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks die Servitut durch Nichtgebrauch untergehen läßt, sondern auch dann, wenn er sie in Folge eines mit dem Schuldner abgeschlossenen Rechtsgeschäfts aufgiebt. — Auch im letzten Fall kann der Schuldner die Servitut selbstverständlich bei Erfüllung seiner Verbindlichkeit nicht zurückbehalten, weil die Realservitut gar nicht als ein selbständiges Recht, getrennt von dem Grundstück, dem sie zustand, existiren kann; der Schuldner kann nur, wenn er durch eine Aufopferung von seiner Seite den Eigenthümer des herrschenden Grundstücks zum Aufgeben der Servitut bewogen hat, nach Maßgabe der Grundsätze über die Impensen Erstattung seines Aufwandes verlangen. Darauf, ob der Gläubiger die Gefahr trägt oder nicht, kommt hier gar nichts an. — Wenn dagegen die Realservitut dadurch erlischt, daß der Schuldner vor Erfüllung der Obligation das herrschende Grundstück erwirbt, so wird er verlangen können, daß bei der Tradition die durch confusio erloschene Servitut wieder hergestellt werde. Der Gläubiger hat durch den Contract kein Recht, das Grundstück frei von der Realservitut zu erhalten; und der oben angeführte Grund, daß ein Zurückbehalten der Realservitut unmöglich sei, trifft hier nicht zu [7].

Aehnlich verhält es sich, wenn der Schuldner sich verpflichtet hat, eine Sache zu leisten deducto usu eines Anderen, und der Usus späterhin wegfällt; ja hier kann sogar von einer Ausnahme, wie sie bei der Erweiterung des Eigenthums durch Wegfall einer Realservitut anerkannt werden mußte, nicht die Rede sein. Der Schuldner muß immer sogleich das volle Eigenthum herausgeben; und zwar gilt dies nicht blos dann, wenn der Usus durch den Tod des Berechtigten erloschen ist (ein Fall, für welchen der Gläubiger, wie wir unten sehen werden, schon nach dem unmittelbaren Inhalt der Obligation ein

---

7) Eine ausdrückliche Bestätigung der zuletzt aufgestellten Ansicht finden wir in den Quellen nicht; wohl aber Stellen, welche sie unterstützen. L. 18. D. de servitutibus (8. 1). L. 70. §. 1. L. 116. §. 4. D. de leg. 1. (30).

Recht auf die im Usus enthaltenen Vortheile haben würde); sondern es gilt ebensowohl auch dann, wenn der Schuldner den Usuar veranlaßt hat, gegen eine Vergütung sein Recht aufzugeben. In dem letzten Fall kann er nur wegen seines Aufwandes, in so weit dies nach den Regeln über die Impensen gerechtfertigt ist, Ersatz verlangen. Ein Zurückhalten des vorbehaltenen Usus ist hier geradezu unmöglich; denn wenn der Schuldner den Usus bis zum Tode des ursprünglich Berechtigten für sich zurückbehalten wollte, so würde dies nicht der vorbehaltene Usus dieses bestimmten Berechtigten, sondern ein ganz anderer Usus sein.

Anders, als in den bisher erwähnten Fällen, steht die Sache in dem Fall, den ich jetzt zum Schluß noch ins Auge fassen will. Es ist dies der Fall, wo Jemand verpflichtet ist, eine Sache deducto usufructu zu leisten, und der Usufruct demnächst erlischt.

Ihering stellt diesen Fall dem Fall der Alluvion gleich [8]); und er kann sich dafür in gewisser Weise auf Paulus berufen, indem dieser in der L. 4. D. de jure dotium (23. 3) die Erweiterung des Eigenthums durch das Hinwegfallen des Usufructs mit dem Zuwachs durch Alluvion vergleicht. Dessenungeachtet muß ich dafür halten, daß die Gleichstellung nicht zu rechtfertigen ist. Der Gläubiger kann freilich, wenn der Usufruct nachher wegfällt, in sehr vielen Fällen verlangen, daß ihm sogleich das Eigenthum ohne die durch den Usufruct herbeigeführten Beschränkungen eingeräumt werde; aber einestheils kann der Gläubiger einen solchen Anspruch nicht in allen Fällen erheben, und anderntheils beruht der Anspruch, wo ein solcher zugelassen werden kann, auf ganz anderen Gründen, als der Anspruch auf das angeschwemmte Land.

Bei der Begründung einer Obligation, wie der hier zur Frage stehenden, ist immer darauf gerechnet, daß der Usufruct nur eine vorübergehende Dauer hat, und daß dann dem Gläubiger auch die im Usufruct enthaltenen Vortheile zufallen sollen. Es ist dies durch den Contract dem Gläubiger stillschweigend zugesichert. Nehmen wir nun an, daß der Schuldner sich verpflichtet hat, eine Sache deducto usufructu Titii zu leisten, so hat er unzweifelhaft das volle Eigenthum zu prästiren, wenn der Usufruct später durch den Tod (oder die capitis deminutio) des Berechtigten oder durch non usus

---

8) Ihering, Abhandlungen S. 9.

erloschen ist [9]). — Es ist völlig klar, daß dem Gläubiger für diese Fälle durch die Obligation ein Recht auf die im Usufruct enthaltenen Vortheile hat gewährt werden sollen. Das Recht des Gläubigers ergiebt sich schon unmittelbar aus dem Inhalte der Obligation; und es versteht sich deshalb von selbst, daß der Umstand, ob er die Gefahr trägt, hier ohne Bedeutung ist, sowie gleichfalls daß er den Vortheil, den er durch den Wegfall des Usufructs erhält, dem Schuldner nicht noch besonders zu vergüten hat [10]).

Wenn dagegen der Schuldner in dem angeführten Beispiel vor Erfüllung der Obligation den Usufruct sich von Titius zurückübertragen läßt, sei es, daß Titius ihn damit beschenkt oder daß er dem Titius sein Recht abgekauft hat u. s. w., so tritt ein Fall des Erlöschens des Usufructs ein, auf welchen im Zweifel nicht gerechnet ist. Der Inhalt der Obligation giebt hier dem Gläubiger kein Recht, die Vortheile des Usufructs schon jetzt zu verlangen.

Darauf würde nun freilich nichts ankommen, wenn der Vortheil, der durch das Wegfallen des Usufructs gewonnen wird, den vorher erwähnten Vortheilen völlig gleichstände. Der Gläubiger würde dann ohne Rücksicht darauf, ob der Wegfall des Usufructs durch diesen oder jenen Umstand herbeigeführt ist, sogleich das volle Eigenthum verlangen können. Dies ist aber nicht der Fall. Wir müssen vielmehr annehmen, daß der Gläubiger in dem gedachten Fall nur dann sogleich das volle Eigenthum verlangen kann, wenn der Schuldner als sein negotiorum gestor den Usufruct erworben hat, wobei er dann dem Schuldner den Aufwand zu erstatten hat. Abgesehen davon kann der Schuldner die Vortheile des Usufructs zurückbehalten für die Zeit bis zum Tode (oder der capitis deminutio) des Titius [11]).

Die Sache wird also bei dem Usufruct anders angesehen, als in den vorher erörterten Fällen, wo eine Realservitut oder ein Usus vorbehalten ist, und später hinwegfällt. Dies hat seinen Grund in

---

9) L. 4. D. de jure dot. (23. 3). L. 18. pr. D. de periculo (18. 6). S. auch L. 26. pr. D. de usu et usufr. (33. 2). L. 9. D. si cui plus (35. 3).

10) L. 18. pr. D. de periculo (18. 6).

11) Die Richtigkeit der Auffassung, welche im Text zu Grunde gelegt ist, ergiebt sich aus folgenden Stellen: L. 7. D. de act. empti (19. 1). L. 36. §. 1. L. 54. D. de usufructu (7. 1.) Es kommt nach diesen Stellen allein darauf an, wie die Contrahenten den Vorbehalt des Usufructs verstanden haben.

Folgendem. Die Realservitut kann nur derjenige zurückbehalten, dem das Grundstück gehört, für welches die Servitut constituirt ist; den Usus nur derjenige, für welchen derselbe bestellt ist. Der Usufruct dagegen steht in keiner so nahen Beziehung zu dem berechtigten Subject. Die Person des Usufructuars ist nur für die Dauer des Rechts von Bedeutung, nicht für den Umfang desselben, und deshalb kommt es, wenn z. B. der Usufruct des Titius vorbehalten ist, nicht darauf an, daß der vorbehaltene Usufruct gerade in den Händen des Titius zurückbleibt, sondern nur darauf, daß die Vortheile der Benutzung der Sache dem Gläubiger nicht länger entgehen, als wenn Titius Usufructuar wäre [12].

Der Grund, weshalb der Gläubiger den Vortheil der körperlichen Accession, die wir zu Anfang dieses Paragraphen ins Auge faßten, sowie den Vortheil der weggefallenen Realservitut und des Usus sogleich verlangen kann, trifft hier nicht zu. Es könnte sich nur fragen, ob nicht die Regeln, welche für die zweite Art des accessorischen commodum gelten, einen Anspruch des Gläubigers begründen könnten. Auf diese Frage kann ich hier selbstverständlich nicht ausführlicher eingehen, indem ich dadurch den späteren Erörterungen vorgreifen würde. Hier mag folgende kurze Bemerkung genügen. — In allen den Fällen, wo der Inhalt der Obligation selbst dem Gläubiger kein Recht giebt, die Vortheile des Usufructs sogleich zu verlangen, hat der Schuldner diese Vortheile durch ein Rechtsgeschäft erworben; ein auf diese Weise erworbenes accessorisches commodum kann der Gläubiger aber, falls es nicht in den geschuldeten Gegenstand ganz aufgeht, im Allgemeinen nur dann verlangen, wenn die Abschließung des Rechtsgeschäfts von Seiten des Schuldners als eine negotiorum gestio für den Gläubiger angesehen werden kann (s. unten §. 5). Dieselbe Erwägung gilt für den Fall, auf den sich oben die Anmerkung 7 dieses Paragraphen bezieht.

Zum Schluß habe ich hier noch eine Classe von Fällen ins Auge zu fassen, die meiner Ansicht nach mit Unrecht in diesem Zusammenhange abgehandelt werden.

---

12) L. 7. D. de act. empti (19. 1).

Bei Obligationen auf ein restituere kommt es manchmal vor, daß der Schuldner, der zur Restitution empfangener Sachen verpflichtet ist, das Eigenthum an diesen Sachen dem Gläubiger zu übertragen schuldig ist, obgleich er durch die Hingabe von Seiten des Gläubigers nur den Besitz erhalten hat. So kann derjenige, welcher eine fremde Sache mortis causa geschenkt hat, das Eigenthum condiciren, wenn der Beschenkte inzwischen durch Ersitzung den Besitz in Eigenthum verwandelt hat [13]). Ebenso kann derjenige, der eine fremde Sache, die er irrthümlich schuldig zu sein glaubte, seinem vermeintlichen Gläubiger hingegeben hat, das Eigenthum condiciren, wenn der Empfänger durch Ersitzung inzwischen das Eigenthum an der Sache erworben hat [14]). Etwas ganz Aehnliches kommt bei Geldzahlungen vor. Wenn fremdes Geld in dotem oder als mutuum hingegeben ist, so kann der Gläubiger verlangen, daß ihm das Eigenthum an einer gleichen Summe restituirt werde, wenn der Empfänger das hingegebene Geld consumirt hat [15]).

In diesen Fällen kann der Gläubiger mehr zurück verlangen, als er hingegeben hat; seine Forderung wird durch ein später eingetretenes Ereigniß verbessert. Ihering sieht dies nun als ein commodum an, und wendet demgemäß die über das commodum geltenden Regeln darauf an [16]). Die römischen Juristen sind aber hier, wie ich glaube, von einer ganz anderen Auffassung ausgegangen.

Nach der römischen Auffassung hat der Schuldner, der zunächst den Besitz erhalten hat, das Eigenthum nicht deshalb herauszugeben, weil dies ein commodum ist, welches nach den allgemeinen Regeln über das commodum dem Gläubiger zufällt, sondern deshalb, weil er das Eigenthum, wenn auch nicht unmittelbar, so doch mittelbar durch den Gläubiger erhalten hat. Er hat das Eigenthum herauszugeben als etwas vom Gläubiger mittelbar Empfangenes. Die vorher erwähnten Entscheidungen erklären sich nicht aus den Grundsätzen über das commodum, sondern aus den Grundsätzen über die solutio.

Die Römer gehen davon aus, daß eine solutio nicht blos dann anzunehmen ist, wenn der Gläubiger das ihm Geschuldete unmittelbar

13) L. 13. pr. L. 33. D. de mortis causa donat. (39. 6).
14) L. 15. §. 1. i. f. D. de cond. indeb. (12. 6).
15) L. 81. de jure dot. (23. 3). L. 13. §. 1. L. 19. §. 1. D. de reb. cred. (12. 1).
16) Ihering a. a. O. S. 22 ff.

durch die Handlung des Schuldners erhält, sondern auch dann, wenn durch die Handlung des Schuldners mittelbar das Resultat herbeigeführt wird, daß der Gläubiger alles dasjenige erhält, worauf die Obligation ihm einen Anspruch giebt. Deshalb wird eine Befreiung des Schuldners angenommen, wenn der Gläubiger das ihm gezahlte fremde Geld consumirt oder die ihm hingegebene fremde Sache durch Ersitzung in sein Eigenthum gebracht hat [17]).

Hieraus ergiebt es sich von selbst, daß derjenige, welcher einen vermeintlichen Gläubiger mit fremdem Gelde oder mit einer sonstigen fremden Sache bezahlt hat, nach erfolgter Consumtion des Geldes oder Ersitzung der Sache das Eigenthum condiciren kann. Es wird so angesehen, als ob er das Eigenthum gezahlt habe.

Dasjenige nun aber, was von der Hingabe solvendi causa gilt, ist ausgedehnt auf die Fälle, wo Jemand etwas in der Weise hingiebt, daß der Empfänger dadurch zur Restitution des Hingegebenen verpflichtet wird. So werden denn auch gerade in Beziehung auf den hier zur Frage stehenden Grundsatz die numeratio solvendi causa und die numeratio mutui contrahendi causa ausdrücklich mit einander zusammengestellt [18]).

In den hier zur Frage stehenden Fällen fragt es sich also nur, ob das von dem Empfänger erworbene Eigenthum als etwas anzusehen ist, was er wirklich durch den Gläubiger, wenn auch nur mittelbar, erhalten hat [19]).

---

§. 4.

2. Accessorisches commodum, welches nicht in den geschuldeten Gegenstand ganz aufgeht, sondern daneben ein selbständiges Bestehen hat. a) Obligationen, bei welchen dasselbe gefordert werden kann.

Dasjenige accessorische commodum, welches gänzlich in den geschuldeten Gegenstand aufgeht, kann der Gläubiger immer in Anspruch

17) L. 17. L. 60. D. de solut. (46. 3).

18) L. 19. §. 1. D. de rebus creditis (12. 1).

19) Für die Beantwortung dieser Frage sind übrigens die Erwägungen, welche Ihering S. 23 ff. anstellt, von großer Bedeutung, wenn er auch bei denselben von einem anderen Gesichtspunkte ausgeht.

nehmen. Es kommt nicht darauf an, aus welcher Obligation er den Gegenstand, zu welchem ein derartiges commodum hinzutritt, fordern kann, ob aus einer Stipulation oder einem Kaufcontract u. s. w. Es kommt ferner nicht darauf an, ob der Gläubiger die Gefahr trägt oder nicht.

Anders und verwickelter gestaltet sich die Sache, wenn das zu dem geschuldeten Gegenstande hinzutretende commodum nicht in der eben erwähnten Weise in denselben aufgeht, wenn in dem Verhältniß, in welchem das commodum zu dem Hauptgegenstande der Leistung steht, an sich keine Nothwendigkeit liegt, das commodum an den Geschicken des letzteren Theil nehmen zu lassen.

Wir finden nun allerdings, daß dem Gläubiger nur bei den Obligationen ein Anspruch auf dieses commodum zugestanden wird, bei welchen er auch den gesetzlichen Regeln zufolge die Gefahr trägt. Aber nicht bei allen Obligationen, bei welchen der Gläubiger die Gefahr trägt, hat er auch einen Anspruch auf das hier zur Frage stehende commodum. Ueberdies kann er dasselbe nur in einem gewissen, begränzten Umfange in Anspruch nehmen. Es sind hier also zwei Fragen zu beantworten:

1) Bei welchen Obligationen hat der Gläubiger einen Anspruch auf das commodum, und worauf beruht es, daß er einen solchen Anspruch nur bei diesen Obligationen hat?
2) In welchem Umfange kann der Gläubiger in den Fällen, wo ihm ein Anspruch auf das commodum zusteht, dasselbe in Anspruch nehmen?

Was die erste Frage betrifft, so finden wir allerdings, daß der Gläubiger im Allgemeinen bei den Obligationen, bei welchen er nach den gesetzlichen Regeln nicht die Gefahr trägt, auch keinen Anspruch auf das hier zur Frage stehende commodum hat.

Dies wird, wie wir weiter unten sehen werden, anerkannt in Beziehung auf den Käufer bei dem bedingten Kaufcontract. Ebenso ist ohne Zweifel der Miether nicht berechtigt, zu verlangen, daß der Vermiether ihm neben der vermietheten Sache selbst, auch die Accessionen derselben zur Benutzung überlasse, insofern sie nicht völlig in den Hauptgegenstand aufgegangen sind. Wir müssen annehmen,

daß das persönliche Recht des Pächters auf Benutzung sich nicht einmal auf die insula in flumine nata erstreckt [1]).

Aber nicht bei allen Obligationen, bei welchen der Gläubiger nach den gesetzlichen Regeln die Gefahr trägt, hat er auch einen Anspruch auf das accessorische commodum, von welchem hier die Rede ist; er hat einen solchen Anspruch namentlich nicht bei der stipulatio und der Vermächtnißforderung, obgleich er doch auch hier die Gefahr trägt.

Die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, ist also auch in Beziehung auf diese Art des accessorischen commodum keine allgemeine, für alle Obligationen geltende.

Was ist nun aber der Grund, weshalb ein Unterschied zwischen den einzelnen Obligationen in der angegebenen Beziehung stattfindet?

Man könnte hier an den Unterschied der freien und strengen Klagen denken, zumal da in einzelnen Stellen gesagt wird, daß bei den bonae fidei actiones immer auch auf die Früchte zu erkennen sei [2]). Der Grund, weshalb der Gläubiger bei einigen Obligationen das hier in Betracht kommende commodum nicht verlangen kann, würde, wenn die eben angegebene Unterscheidung maßgebend wäre, in der strengen Natur dieser Obligationen liegen, und heutzutage würde dann ein Anspruch auf das commodum dem Gläubiger, der die Gefahr trägt, allgemein zustehen, da jetzt der Richter bei allen Klagen die freiere Stellung einnimmt, die er nach römischem Recht bei den bonae fidei actiones hatte.

Eine solche Deduction läßt sich aber nicht rechtfertigen. Wir werden allerdings unten sehen, daß die strenge Natur gewisser Klagen in Beziehung auf unsere Frage nicht ohne Einfluß gewesen ist. Aber ebenso gewiß ist es, daß darin nicht der alleinige Grund der verschiedenen Behandlung der einzelnen Obligationen liegt. Dies geht auf das Entschiedenste hervor aus der Lehre von den Fideicommissen, indem hier der Richter eine eben so freie Stellung einnahm, wie bei den bonae fidei actiones, und doch ein Anspruch des Gläubigers auf das commodum nicht anerkannt wird.

Der Grund kann also nicht allein in der strengen oder freien Natur der Klagen liegen. Um nun aber den Grund des Unter-

---

1) Derselben Ansicht ist auch Ihering, Abhandlungen S. 7.

2) L. 38. §. 15. D. de usuris (22. 1). L. 1. §§. 23. 24. D. depositi (16. 3).

schiedes zu erkennen, und zugleich genauer festzustellen, bei welchen Obligationen der Gläubiger einen Anspruch auf das hier zur Frage stehende commodum hat, ist es nöthig, auf die einzelnen Arten der Obligationen besonders einzugehen. Ich werde dabei unterscheiden die Obligationen, die auf Leistung eines dem Gläubiger bisher fremden Gegenstandes gehen, und die Obligationen, die auf Restitution eines vom Gläubiger herrührenden Gegenstandes gerichtet sind.

Betrachten wir zunächst die Obligationen, die auf Leistung eines dem Gläubiger bisher fremden Gegenstandes gehen, so nimmt unter diesen der Kaufcontract die bedeutendste Stelle ein, und es ist um so mehr gerechtfertigt, von diesem Contract auszugehen, als uns hier das reichhaltigste Quellenmaterial zu Gebote steht.

Die allgemeinen Regeln, welche in Ansehung des periculum und commodum beim Kaufcontract gelten, stehen fest. Sowie der Contract perfect ist, trägt der Käufer die Gefahr; dagegen kann er wieder von diesem Zeitpunkt an das zu der gekauften Sache hinzutretende commodum verlangen. Es wird in den Quellen gesagt:

„Post perfectam venditionem omne commodum et incom-„modum, quod rei venditae contingit, ad emptorem per-„tinet“ [3]).

Bei dem imperfecten Kaufcontract dagegen, bei welchem der Verkäufer die Gefahr trägt, hat der Käufer keinen Anspruch auf das commodum [4]).

Diese Grundsätze erklären sich aus der Art und Weise, wie die Quellen das Verhältniß des Käufers zu der gekauften Sache auffassen. Sowie ein perfecter Kaufcontract über eine Sache abgeschlossen ist, sehen die Römer es so an, als ob die Sache dem Käufer gewissermaßen schon geleistet sei, als ob sie ihm schon gehöre [5]). Daß

---

3) L. 1. C. de periculo et commodo (4. 48). S. auch L. 4. §. 4. D. de in diem addictione (18. 2).

4) Dies wird für den bedingten Kaufcontract anerkannt in L. 4. pr. D. de in diem addict. (18. 2); ferner folgt es auch aus einem argumentum a contrario, welches wir aus L. 1. C. de periculo et c. (4. 48) und aus L. 13. C. de act. empti (4. 49) entnehmen können.

5) Vergl. L. 5. §. 2. D. de rescind. vend. (18. 5). L. L. 14. 15. D. de jure dot. (23. 3).

die Sache in Wirklichkeit erst später in das Eigenthum des Käufers kommt, wird, insofern dem Verkäufer nicht eine Mora zur Last fällt, als etwas durchaus Zufälliges betrachtet, was dem Käufer weder zu Gute kommen, noch auch zum Schaden gereichen soll. Hieraus erklärt es sich, daß der Käufer, wenn die gekaufte Sache nach Abschließung des Kaufcontracts ohne ein Verschulden des Verkäufers zu Grunde geht, doch die Gegenleistung zu zahlen hat, so wie daß er von dem eben gedachten Zeitpunkte an die Lasten und Abgaben der Sache zu tragen hat [6]). Aus eben demselben Grunde folgt aber zugleich, daß dem Käufer das commodum rei venditae zufallen muß. Er kann das commodum in Anspruch nehmen, weil es so angesehen wird, als ob ihm die Sache schon zur Zeit des Hinzutretens des commodum gehört habe.

Eine, wenn auch nur indirecte Bestätigung dieser Auffassung finden wir in einigen Stellen der Pandekten, nämlich in L. 13. §. 17. D. de act. empti (19. 1) und in L. 30. pr. D. de acq. rer. dom. (41. 1).

In der ersten Stelle wird der Fall besprochen, wo ein Miteigenthümer seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache verkauft hat, und vor erfolgter Tradition, mit der actio communi dividundo belangt, durch adjudicatio Eigenthümer der ganzen Sache geworden ist. Hier kann der Käufer auch den adjudicirten Theil in Anspruch nehmen, wogegen er aber dem Verkäufer dasjenige ersetzen muß, worauf dieser dem klagenden Miteigenthümer condemnirt ist. Der adjudicirte Theil wird als ein commodum, als eine Accession angesehen, auf welche der Verkäufer einen Anspruch hat [7]), und dieser

6) L. 13. C. de act. empti (4. 49). Dies ist meines Wissens die einzige Stelle, in welcher ausdrücklich von den Abgaben die Rede ist. Wenn es aber in den Stellen der Anmerkung 3 heißt, daß den Käufer das ganze incommodum treffe, so ist dieses auch auf die Abgaben und Lasten der Sache zu beziehen, indem der allgemeine Ausdruck incommodum offenbar nicht bloß das Tragen der Gefahr in sich schließt. Ebenso denkt Paulus in der L. 10. D. de R. J. (50. 17) ohne allen Zweifel auch an die Abgaben und Lasten, wenn er sagt, daß demjenigen das commodum zufalle, „quem sequuntur incommoda“.

7) S. L. 7. §. 13. D. comm. div. (10. 3), wo derselbe Fall behandelt und dieser Gesichtspunkt hervorgehoben wird: „— — haec pars beneficio alterius venditori accessit.“

Anspruch wird in der L. 13. §. 17. D. cit. durch die Worte motivirt: „aequum est, eandem esse conditionem emptoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo“, d. h. wenn die Sache ihm zur Zeit der Anstellung der actio communi dividundo schon gehört hätte. — Die zweite Stelle, die L. 30. pr. D. de acq. rer. dom. (41. 1) geht von demselben Gesichtspunkt aus. Wenn ich den unteren Theil meines Grundstücks verkauft habe, und sodann eine Insel im Fluß sich bildet, die aber nur dem oberen Theil gegenüber liegt, so kann der Käufer keinen Theil der Insel in Anspruch nehmen: „eadem ex causa, qua nec ab initio quidem ejus fieret, si jam tunc, cum insula nasceretur, ejusdem [emptae] partis dominus fuisset.“

Der Käufer hat demnach den Anspruch auf das commodum, weil es so angesehen wird, als ob die gekaufte Sache ihm schon gehört. Der Anspruch des Käufers auf das commodum beruht **nicht** darauf, daß er die Gefahr trägt; er beruht aber auf **demselben** Grunde, auf welchem es beruht, daß er die Gefahr trägt, und daß er die Lasten und Abgaben der Sache zu tragen hat. Es sind dies lauter einzelne Momente, die auf derselben Auffassung beruhen, und namentlich gehört auch das letzte Moment, welches gewöhnlich nicht berücksichtigt wird, eben so sehr dahin, wie die beiden ersten Momente.

Gehen wir nun von dieser Auffassung aus, so erklärt es sich leicht, daß der Käufer bei dem bedingten (imperfecten) Kaufcontract keinen Anspruch auf das vor der Perfection des Contracts zur gekauften Sache hinzutretende commodum der hier zur Frage stehenden Art hat; denn es ist klar, daß die gedachte Auffassung hier völlig ausgeschlossen ist. Dagegen giebt es allerdings einige Fälle, rücksichtlich deren ein Zweifel obwalten kann. Es fragt sich hier namentlich:

1) Kann der Käufer, wenn ihm alternativ diese oder jene bestimmte Sache verkauft ist, und zu der einen Sache ein commodum hinzutritt, dieses verlangen, wenn demnächst von demjenigen Contrahenten, dem das Wahlrecht zusteht, die letztere Sache gewählt wird? — Nehmen wir z. B. an, daß A. dieses oder jenes bestimmte Pferd verkauft hat, und daß vor der Wahl das eine dieser Pferde ein Füllen wirft, so fragt es sich, ob der Verkäufer, wenn er demnächst das letztere Pferd zu leisten sich entschließt, das Füllen mit leisten muß. Der Kauf ist hier allerdings sogleich perfect, wie daraus hervorgeht, daß, wenn beide Pferde ohne Schuld des Verkäufers sterben, der

Käufer doch den Kaufpreis zahlen muß [8]). Dennoch kann meiner Meinung nach der Käufer das commodum nicht verlangen, weil man, so lange die Wahl nicht erfolgt ist, es unmöglich so ansehen kann, als ob eine der verkauften Sachen dem Käufer schon gehört habe. Sowie jedoch der Gegenstand fixirt ist, sei es durch eine Wahl oder dadurch, daß nur Ein Gegenstand noch geleistet werden kann, so hat der Käufer auch einen Anspruch auf das commodum. Es trifft also auch hier das commodum und periculum zusammen; denn bis zu dem eben erwähnten Zeitpunkte trägt der Verkäufer nach der Ausdrucksweise der Quellen die Gefahr, da er durch den Untergang des einen der alternativ geschuldeten Gegenstände nicht von seiner Verpflichtung befreit wird.

2) Kann der Käufer auch dann das commodum verlangen, wenn durch einen Nebenvertrag bestimmt ist, daß der Verkäufer bis zur Tradition (oder bis zu einem sonstigen Zeitpunkt) die Gefahr tragen soll, also im Fall einer inzwischen eintretenden unverschuldeten Unmöglichkeit der Leistung keinen Anspruch auf die Gegenleistung haben soll? Läge der Grund des Anspruchs auf das commodum allein darin, daß der Käufer die Gefahr trägt, so müßte man ihm in dem gedachten Fall jeden Anspruch auf das commodum versagen. Meiner Meinung nach würde dies aber nicht richtig sein.

Die Auffassung, derzufolge es so anzusehen ist, als ob dem Käufer gewissermaßen die Sache schon gehöre, ist durchaus nicht in allen Fällen ausgeschlossen, in welchen durch einen Nebenvertrag der Verkäufer die Gefahr übernommen hat [9]). Das Tragen der Gefahr ist vielmehr nur ein einzelnes Moment, welches in dieser Auffassung seinen Grund hat, und daraus, daß die Contrahenten in dieser einen Beziehung etwas Anderes festgesetzt haben, folgt noch nicht, daß sie auch im Uebrigen die gedachte Auffassung haben verlassen wollen. So wird z. B. Niemand daran zweifeln, daß der Käufer einen Anspruch auf das commodum hat, wenn verabredet ist, daß zwar der

---

8) L. 34. §. 6. D. de contr. empt. (18. 1).

9) Dieser Ansicht ist auch Sintenis, Civilrecht II. S. 350. Wenn derselbe aber glaubt, daß es nur darauf ankommt, wer nach den gesetzlichen Regeln die Gefahr zu tragen hat, so legt er meiner Ueberzeugung nach das Gewicht auf ein Moment, welches nicht als das entscheidende betrachtet werden kann.

Verkäufer die Gefahr trage, daß aber dennoch der Käufer die Abgaben und Lasten der Sache zu tragen habe [10]).

Die Auffassung, auf welche der Anspruch des Käufers auf das commodum sich gründet, ist also mit einem Nebenvertrage, durch welchen der Verkäufer die Gefahr übernommen hat, an sich wohl vereinbar. In manchen Fällen wird aber freilich aus den Umständen hervorgehen, daß dem Nebenvertrage eine andere Absicht zu Grunde liegt. So kann es z. B. keinem Zweifel unterliegen, daß dem Käufer kein Anspruch auf das commodum zusteht, wenn verabredet ist, daß der Verkäufer bis zur Tradition nicht blos die Gefahr, sondern auch alle Lasten und Abgaben der Sache tragen soll. Hier würde offenbar die oben gedachte Auffassung dem Willen der Contrahenten durchaus widersprechen.

3) Kann der Käufer auch dann das commodum von der Zeit der Abschließung des Kaufcontracts an in Anspruch nehmen, wenn ein dies für die Tradition verabredet ist? Da der dies nicht suspendirt, so wird angenommen, daß der Käufer auch in diesem Fall das commodum sogleich von der Zeit der Abschließung des Contracts an verlangen kann, wenn nicht etwa der Zeitpunkt der Tradition in der Absicht hinausgeschoben ist, daß dem Verkäufer einstweilen noch das commodum zufalle [11]). Diese Absicht wird aber freilich in sehr vielen Fällen anzunehmen sein.

Dies sind nun die Grundsätze über das commodum, welche wir in Ansehung des Kaufcontracts in den Quellen finden. Diese Grundsätze gelten aber nicht allgemein für alle Obligationen, die auf Leistung eines dem Gläubiger bisher fremden Gegenstandes gerichtet sind. Die Frage wegen des commodum wird vielmehr bei der Stipulation und der Vermächtnißforderung in einem durchaus anderen Sinne entschieden.

Bei der Stipulation wird dem Gläubiger der Anspruch auf Früchte ausdrücklich abgesprochen [12]), und dasselbe ist ohne Zweifel

10) So wird denn auch in der L. 13. C. de act. empti (4. 49), wo von dem Recht des Käufers auf die Früchte die Rede ist, allein hervorgehoben, daß er auch die Abgaben zu tragen habe.

11) S. L. 13. §. 18. D. de act. empti (19. 1).

12) S. bes. L. 38. §. 7. D. de usuris (22. 1). Vgl. auch L. 78. §. 1. D. de V. O. (45. 1). Die letztere Stelle kann freilich auch so verstanden wer-

auch in Ansehung des sonstigen accessorischen commodum der hier zur Frage stehenden Art anzunehmen [13]).

Für den Fall, wo die Stipulation auf das dare einer bestimmten Sache geht, ist es auch unbestritten, daß der Gläubiger keinen Anspruch auf das hier in Betracht kommende commodum hat. Dagegen ist es bestritten, ob dasselbe auch für den Fall gelte, wenn die Stipulation auf ein incertum gerichtet war. Die Quellen enthalten in dieser Beziehung zwei widersprechende Entscheidungen, die eine von Pomponius, die andere von Papinian. Beide beziehen sich auf den Fall, wo Jemand, der eine Sache gekauft hat, demnächst stipulirt hat, vacuam possessionem tradi; und während Pomponius sagt, daß der Stipulator in diesem Fall, eben so wenig, wie bei der stipulatio fundum dari, mit der Klage aus der Stipulation Früchte verlangen könne [14]), bemerkt Papinian mit Beziehung auf dieselbe Stipulation, daß hier mit der actio incerti ex stipulatu auch die Früchte in Anspruch genommen werden könnten [15]).

Es ist nun allerdings möglich, daß Pomponius nur deshalb dem Stipulator in dem gedachten Fall den Anspruch auf das commodum absprach, weil er die stipulatio vacuam possessionem tradi nicht als eine auf ein incertum gerichtete Stipulation ansah; darauf deutet auch die Art und Weise hin, wie er diese Stipulation mit der stipulatio fundum dari zusammenstellt. Auf der anderen Seite können wir aber daraus, daß Papinian in diesem bestimmten Fall dem Stipulator einen Anspruch auf die Früchte gab, nicht mit Bestimmtheit schließen, daß der Stipulator in allen Fällen, wo die actio incerti ex stipulatu begründet war, das zu der stipulirten Sache hinzutretende commodum habe verlangen können. Im Gegentheil legt Papinian in der weiteren Erörterung ein bedeutendes Gewicht auf den muthmaßlichen Willen der Contrahenten.

---

den, daß derjenige, der einen fundus stipulirt hat, nicht die Früchte in Anspruch nehmen kann, die zur Zeit der Abschließung des Contracts in den Scheunen des Landguts lagerten. Näher dürfte es aber liegen, an die Früchte zu denken, die zur Zeit der Abschließung des Contracts noch pendentes waren, nachher aber geerntet sind.

13) S. auch L. 7. §. 13. i. f. D. comm. div. (10. 3) und dazu **meine** Beiträge, Abth. I. §. 5. Note 4.

14) L. 3. §. 1. D. de act. empti (19. 1).

15) L. 4. pr. D. de usuris (22. 1).

Wenn wir die Ausführung des Papinian zu Grunde legen, so scheint es, daß der Stipulator bei der auf ein incertum gerichteten Stipulation nicht immer von der Zeit der Abschließung des Contracts an einen Anspruch auf die Früchte u. s. w. hatte, sondern nur dann, wenn den Umständen nach anzunehmen war, daß dies in der Absicht der Contrahenten gelegen habe. Eine solche Absicht wurde aber gewiß nach dem späteren Recht allgemein angenommen, wenn der stipulirte Gegenstand bereits aus einer Obligation geschuldet wurde, welche dem Gläubiger ein Recht auf das accessorische commodum gewährte [16]); und ebenso wird uns in den Quellen ausdrücklich mitgetheilt, daß die Aufnahme des Worts: recte in die Stipulationsform die Bedeutung habe, daß auch die Früchte zu leisten seien [17]).

Untersuchen wir nun, weshalb dem Gläubiger bei der Stipulation der Anspruch auf das hier zur Frage stehende commodum abgesprochen wurde, so liegt der Grund zunächst in der besonderen Natur der Stipulation. Dies ist völlig klar, indem es sonst ganz unzweifelhaft hätte sein müssen, daß der Käufer, der die gekaufte Sache stipulirt, mit der actio ex stipulatu auch die Früchte u. s. w. verlangen könne. Dies ist aber gewiß nicht der einzige Grund, und eben deshalb können wir nicht ohne Weiteres das Recht der Stipulation als völlig aufgehoben ansehen. Wo das Versprechen, eine Sache zu leisten, auf Liberalität beruht, da werden wir auch gegenwärtig einen Anspruch auf das commodum im Allgemeinen nicht zulassen können.

Dies geht meiner Ansicht nach klar hervor aus den Bestimmungen, welche Justinian in Ansehung des Dotalversprechens getroffen hat. Justinian hat nämlich bestimmt, daß der extraneus promissor, wenn er die dos zwei Jahre nach Beginn der Ehe noch nicht gezahlt

---

16) Der Sinn der letzten Hälfte der L. 4. pr. D. de usuris (22. 1) ist offenbar der: wie es nicht wahrscheinlich sei, daß der Verkäufer, mit dem der Käufer später novandi animo eine Stipulation abgeschlossen, mehr versprochen habe, als er schuldig gewesen sei, und wie eben deshalb die Stipulation im Zweifel nicht auf eine Verpflichtung zum dare im eigentlichen Sinn zu beziehen sei, ebenso müsse man annehmen, daß der Verkäufer in diesem Fall das nach Abschluß der Stipulation von der ancilla geborene Kind herausgeben müsse, und daß es nicht die Absicht der Contrahenten gewesen sei, daß der promissor, der in Folge des Kaufcontracts zur Auslieferung des partus verpflichtet gewesen sei, diesen behalten solle.

17) L. 73. D. de V. S. (50. 16).

hat, dann von diesem Augenblick an Zinsen und Früchte leisten soll [18]). Hieraus geht hervor, daß der Ehemann nicht sogleich von der Zeit an, wo er auf Erfüllung des Versprechens klagen konnte, einen Anspruch auf die Früchte hat. Der Grund davon kann aber nicht in der Form des Versprechens liegen, da auch das formlose Dotalversprechen klagbar war; und noch weniger kann er darin liegen, daß das Dotalversprechen im römischen Recht nicht begünstigt war, da ja die Bestimmung Justinians gerade den Zweck hat, den Ehemann und Gläubiger in einer besonderen Weise zu begünstigen.

Ist nun aber bei dem Dotalversprechen dem Gläubiger kein Anspruch auf das commodum einzuräumen, so muß dieses in noch höherem Grade in Ansehung des Schenkungsversprechens gelten; und wir müssen gewiß annehmen, daß hier, auch abgesehen von der Form, ein Anspruch auf das commodum nicht zugelassen werden kann, daß also hier auch nach heutigem Recht dem Gläubiger ein solcher Anspruch nicht zusteht.

Was endlich die Vermächtnißforderung [19]) betrifft, so wird in den Quellen auf das Bestimmteste anerkannt, daß der Gläubiger die Früchte und überhaupt das commodum erst ex mora oder von der Zeit der Litiscontestation an verlangen kann. Dies gilt nicht nur in Ansehung der Legate, sondern auch in Ansehung der Singularfideicommisse [20]). Ja selbst bei den Vermächtnissen ad pias

---

18) L. 31. §. 2. C. de jure dotium (5. 12).

19) Es handelt sich hier selbstverständlich nur um die Vermächtnißforderung. Die Stellen, welche vom Vindicationslegat handeln, wie z. B. L. 69. pr. D. de leg. 1 (30), kommen deshalb für uns nicht in Betracht; denn daß bei diesem Legat der Vermächtnißnehmer die accessio rei in Anspruch nehmen konnte, versteht sich von selbst. Nach heutigem Recht gilt dies in allen Fällen, wo die vermachte Sache dem Erblasser zur Zeit seines Todes gehörte. — Die Früchte kann der Vermächtnißnehmer übrigens, auch wenn er eine actio in rem anstellt, erst von der Zeit der Litiscontestation an verlangen. L. 4. C. de usuris et fructibus (6. 47).

20) L. 23. D. de leg. 1 (30). L. 26. D. de leg. 3 (32). L. 24. §. 2. D. ad leg. Falcid. (35. 2). L. 8. D. de usuris (22. 1). L. 4. C. de usuris et fructibus (6. 47). — Nur in Beziehung auf den partus ancillae kann es zweifelhaft sein, ob dieser nicht immer dem Vermächtnißnehmer zufiel, wenn dem Vermächtniß keine Bedingung oder Zeitbestimmung hinzugefügt war. Die Stellen, welche dem Erben den partus ancillae zusprechen, handeln fast alle von betagten oder bedingten Vermächtnissen; s. L. 41. §. 10. D. de

causas hat der Erbe die Früchte und Accessionen nicht sogleich von dem Augenblick der Begründung der Forderung an zu leisten; sondern nur dann, wenn er das Vermächtniß binnen sechs Monaten von der Insinuation des Testaments nicht entrichtet hat, soll zur Strafe seiner Säumigkeit den Erben der Nachtheil treffen, daß er nun die Früchte, Zinsen und „omne legitimum augmentum" von der Zeit des Todes des Erblassers an zu leisten hat[21].

---

leg. 3 (32). L. 21. D. de optione (33. 5). L. 24. §. 1. D. ad legem Falcid. (35. 2). Die einzige Stelle, welche ganz allgemein spricht, ist die L. 14. pr. D. de usuris (22. 1), und hiernach würden wir annehmen müssen, daß in Ansehung des partus ancillae ganz dasselbe, wie in Ansehung der Früchte gegolten habe, wenn nicht die Zusammenstellung der Singularfideicommisse mit dem Universalfideicommiß in dem §. 1 der L. 14. D. cit. einigen Zweifel dagegen erregte. S. darüber unten die Note 23. — Von der L. 16. D. de leg. 3 (32) wird unten die Rede sein. — Die übrigen Stellen, die man etwa benutzen könnte, um daraus einen Anspruch des Vermächtnißnehmers auf das hier zur Frage stehende accessorische commodum abzuleiten, stehen mit der von uns aufgestellten Ansicht durchaus nicht in Widerspruch. Die L. 39. §. 1. D. de leg. 1 (30) handelt von den Folgen der Mora, und kann deshalb hier nicht in Betracht kommen. — Die L. 38. §. 16. D. de usuris (22. 1) gehört gar nicht hierher. Daß im Fall einer dos praelegata die vor dem Beginn der Ehe gezogenen Früchte mit zu restituiren sind, folgt schon daraus, daß diese einen Theil der dos bilden. — Auch die L. 39. D. de usuris (22. 1), derzufolge der Erbe, wenn blos einzelne Pferde vermacht sind, die Füllen derselben nicht mit zu leisten hat, wohl aber, wenn der Erblasser sein equitium (als Begriffsganzes) vermacht hat, enthält keine Abweichung von dem im Text aufgestellten Grundsatz. Wenn der Testator eine Heerde als Begriffsganzes vermacht hat, so wird durch die später geborenen Jungen der Gegenstand des Vermächtnisses unmittelbar erweitert, indem die Jungen eo ipso Theil der vermachten Heerde werden. Ganz anders ist dies, wenn einzelne Thiere vermacht sind, wo die Jungen mit ihrer Geburt selbständige, neben dem vermachten Gegenstande existirende Sachen werden. — Aus dem eben Angeführten erklärt sich auch die L. 21. D. de leg. 1 (30), sowie ferner die L. 8. §. 8. D. de peculio legato (33. 8), nur daß die letztere Stelle nicht von einer s. g. universitas facti, sondern von einer s. g. universitas juris handelt. — Schwierigkeit macht nur Paulus, R. S. III. tit. 6. §. 46. Eine andere Stelle in den receptae sententiae des Paulus (III. tit. 8. §. 4) macht jedoch das Recht des Legatars auf das commodum von der Mora des Erben abhängig. Soll nun die erstere Stelle nicht allen anderen Entscheidungen der römischen Juristen widersprechen, so müssen wir an Früchte denken, die auch zur Zeit der Einforderung des Legats noch nicht geerntet waren.

21) Nov. 131. cap. 12.

Bei dem Universalfideicommiß tritt allerdings insofern eine Abweichung ein, als der Fiduciar die Früchte u. s. w., die **vor** Antretung der Erbschaft gewonnen sind, dem Fideicommissar herausgeben muß, indem diese als eine Vermehrung der Erbschaft angesehen werden [22]). Was dagegen das **nach** der Antretung der Erbschaft von dem Fiduciar erworbene accessorische commodum der hier zur Frage stehenden Art betrifft, so müssen wir es als Regel ansehen, daß der Fiduciar dasselbe nicht herauszugeben braucht [23]).

---

22) S. z. B. L. 27. §. 1. D. ad S. C. Trebell. (36. 1).

23) L. 83. pr. D. de leg. 3 (32). L. 18. pr. L. 25. §. 3. L. 27. §. 1. L. 63. §. 4. D. ad S. C. Trebell. (36. 1). Aus den letzten Stellen geht hervor, daß der Fiduciar nicht blos die nach der Antretung der Erbschaft gewonnenen Früchte, sondern auch die sonstigen Accessionen behalten kann, indem er, wenn er durch einen Erbschaftssclaven, der von einem Dritten zum Erben eingesetzt war, inzwischen die Erbschaft des Dritten erworben hat, diese nicht an den Fideicommissar zu restituiren braucht. Zweifelhaft ist nur, ob nicht in Ansehung des partus ancillae eine Ausnahme zu machen ist. Soviel steht hier fest, daß der Fiduciar bei einem bedingten oder betagten Universalfideicommiß die inzwischen geborenen Sclavenkinder im Allgemeinen nicht herauszugeben braucht. Wenn die L. 58. §. 4. D. ad S. C. Trebell. (36. 1) dennoch sagt, der Fiduciar müsse, wenn ihm auferlegt sei, nach seinem Tode die Erbschaft „exceptis reditibus“ zu restituiren, den partus ancillae herausgeben, so läßt sich diese Entscheidung nur aus der Annahme eines darauf gerichteten Willens des Testators erklären. Indem der Testator nämlich dem Erben ausdrücklich nur die reditus vorbehält, zu welchen der partus ancillae nicht gehört, giebt er nach der Ansicht des Juristen zu erkennen, daß der Erbe sonst nichts zurückbehalten darf. Diese Erklärung wird auch bestätigt durch L. 14. §. 1. D. de usuris (22. 1). Es fragt sich aber, wie es zu verhalten sei, wenn dem Universalfideicommiß keine Zeitbestimmung oder Bedingung hinzugefügt ist. Die inneren Gründe sprechen dafür, daß der Fiduciar auch in diesem Fall den partus ancillae eben so gut, wie die Früchte und die sonstigen Accessionen behalten kann. Diese Ansicht wird überdies auch durch die L. 14. §. 1. D. de usuris (22. 1) eher unterstützt, als widerlegt. Wenn nämlich bei dem Universalfideicommiß, dem keine Zeitbestimmung oder Bedingung hinzugefügt ist, das nach der Antretung der Erbschaft geborene Sclavenkind vom Fiduciar herauszugeben ist, so muß beim betagten Universalfideicommiß das Kind herausgegeben werden, sowie es nach Eintritt des dies geboren ist. In der L. 14. §. 1. D. cit. wird nun aber in Ansehung des partus ancillae das Universalfideicommiß dem Singularfideicommiß völlig gleichgestellt, und in Ansehung des betagten Singularfideicommisses bemerkt, daß der Erbe zur Restitution des partus nicht genöthigt werden könne, „nisi tunc editus esset, cum in fideicommisso resti-

Der Belastete hat im Allgemeinen bei den Vermächtnissen, mögen dies nun Singular- oder Universalvermächtnisse sein, das accessorische commodum, von welchem hier die Rede ist, blos dann herauszu-

tuendo moram fecisset.“ Dennoch ist die Sache sehr zweifelhaft, und zwar besonders wegen der L. 22. §. 3. D. ad S. C. Trebell. (36. 1), welche offenbar mehr für die entgegensetzte Ansicht spricht, derzufolge der Fiduciar den partus ancillae unter allen Umständen herauszugeben hat, wenn dem Universalfideicommiß keine Zeitbestimmung oder Bedingung hinzugefügt ist. Auch läßt es sich nicht läugnen, daß man sich mit völliger Sicherheit gegen diese Ansicht auf die L. 14. §. 1. D. de usuris nicht berufen kann, da das Wort: mora in der gedachten Stelle möglicher Weise in der vulgären Bedeutung gebraucht sein könnte. Demgemäß ist denn auch Donellus, comment. jur. civ. VII. cap. 26 der Meinung, daß in Ansehung des partus ancillae eine Ausnahme von der Regel zu machen sei. — Eine abweichende Ansicht ist in Betreff der Universalfideicommisse aufgestellt von Hoffmann in der Zeitschrift für Civilr. u. Pr., neue Folge I. S. 86 ff. Seiner Meinung nach kann der Fiduciar nur den Gewinn sich zu eigen machen, den er durch seine eigene Thätigkeit und auf seine eigene Gefahr nach dem Erbschaftsantritt veranlaßt hat; dahin rechnet er namentlich die natürlichen Früchte, die Zinsen von Erbschaftscapitalien, die der Fiduciar selbst ausgeliehen, und die Miethgelder von Erbschaftssachen, die er selbst vermiethet hat. Hoffmann beruft sich besonders auf L. 44. §. 1. D. ad S. C. Trebell. (36. 1), wo erwähnt wird, daß der Erbe die eben angeführten Vortheile nicht herauszugeben brauche, daß er dagegen (wenn das Universalfideicommiß weder betagt noch bedingt ist; s. L. 58. §. 2. D. eodem) die erhobenen Zinsen von solchen Capitalien, die der Erblasser selbst schon verzinslich ausgeliehen, und die erhobenen Miethgelder von Sachen, die der Erblasser selbst schon vermiethet hatte, restituiren müsse. Allerdings wird am Schluß der Stelle zur näheren Motivirung der letzteren Entscheidung bemerkt: „Nullum autem impendium vel opera intercedit heredis, cum his modis, de quibus est quaesitum, augmentum hereditas recepit.“ Der wahre Grund der Entscheidung liegt aber, wie auch in L. 44. §. 1. cit. zu Anfang des Responsum hervorgehoben wird, darin, daß der Jurist die Zinsen- und Miethgeldforderungen aus den Contracten des Erblassers, wenn sie auch erst nach und nach fällig werden, zu den ursprünglichen Bestandtheilen der Erbschaft rechnet, daß er sie mithin nicht als ein später accedirendes commodum ansieht. — Ebensowenig kann die Ansicht von Hoffmann auf die L. 22. §. 3. ad S. C. Trebell. (36. 1) gestützt werden, da die in dieser Stelle enthaltene Entscheidung über den partus ancillae jedenfalls isolirt dasteht, und da genug andere Entscheidungen beweisen, daß man den Fiduciar nicht auf den Gewinn beschränken kann, den er durch seine eigene Thätigkeit und auf seine eigene Gefahr gemacht hat. Zu den dem Hoffmann'schen Princip widersprechenden Entscheidungen rechne ich zunächst schon die Entscheidung, daß der Fiduciar die natürlichen Früchte nicht herauszugeben braucht, indem die Thätigkeit des Besitzers bei der Einerntung der Früchte in der That ganz zurücktritt gegen

geben, wenn der Erblasser dies ausdrücklich ihm aufgegeben hat [24]), oder wenn den Umständen nach anzunehmen ist, daß der Erblasser dies wollte, mag er es denn auch nicht ausdrücklich erklärt haben [25]). Von diesem Gesichtspunkt aus ist es wohl auch zu erklären, daß demjenigen, dem ein Grundstück vermacht ist, zugleich ein Anspruch auf die insula in flumine nata eingeräumt wird [26]). In der Regel werden solche Inseln, wie sie in Flüssen sich neu bilden, nur einen sehr geringen Werth haben, und einer selbständigen Bewirthschaftung nicht fähig sein; da liegt denn allerdings die Annahme nahe, daß der Erblasser, wenn er gewußt hätte, daß eine Insel sich bilden würde, diese nicht von dem Grundstück getrennt haben würde. In einem solchen Fall, wo die Insel einer selbständigen Bewirthschaftung durch-

---

die Thätigkeit der Sache, welche die Früchte producirt; bei einigen Früchten, wie den Jungen der Thiere, kann in Wirklichkeit von einer Thätigkeit des Besitzers gar nicht die Rede sein. Noch wichtiger sind die Stellen, in welchen dem Fiduciar die durch den Sclaven erworbene Erbschaft eines Dritten zugesprochen wird. Man könnte nämlich sagen: die Früchte fielen dem Fiduciar deshalb zu, weil er die Erbschaft inzwischen zu verwalten habe; aber in Ansehung des sonstigen accessorischen commodum verhalte sich die Sache anders. Diese Stellen lehren uns jedoch das Gegentheil. Denn der Befehl an den Erbschaftssclaven, die Erbschaft anzutreten, kann als eine Thätigkeit des Fiduciars, wie Hoffmann sie erfordert, nicht wohl angesehen werden, und eben so wenig kann man sich darauf berufen, daß die Antretung der dem Sclaven hinterlassenen Erbschaft auf die Gefahr des Fiduciars erfolgte; denn dies ist nur eine Folge davon, daß ihm die Erbschaft zugesprochen wird, und nicht umgekehrt.

24) L. 18. pr. L. 63. §. 4. D. ad S. C. Trebell. (36. 1).

25) L. 43. §. 2. D. de leg. 2. (31). L. 21. §. 2. D. de annuis leg. (33. 1). L. 2. §. 1. D. de dote praeleg. (33. 4). L. 32. D. ad S. C. Trebell. (36. 1) „perinde quasi specialiter hoc testator expressisset." Von demselben Gesichtspunkt aus erklärt sich die Entscheidung in L. 33. D. ad S. C. Trebell. (36. 1). S. dazu Hoffmann a. a. O. S. 109 ff.

26) S. L. 16. D. de leg. 3 (32), wo die insula in flumine nata dem Fideicommissar zugesprochen wird. — Wenn die Stelle auf eine Insel bezogen werden könnte, die schon bei Lebzeiten des Testators entstanden ist, so würde sie keine Schwierigkeit machen; es würde nämlich in diesem Fall, wenn der Testator die Insel mit dem vermachten Grundstück gemeinschaftlich bewirthschaftet und solchergestalt mit demselben verbunden hat, anzunehmen sein, daß der Testator die Absicht gehabt habe, das Vermächtniß auf die Insel auszudehnen. Vgl. L. 8. pr. L. 24. §. 2. D. de legatis 1 (30). L. 10. D. de legatis 2 (31). Die L. 16. D. cit. kann aber nicht wohl anders, als auf eine später entstandene Insel bezogen werden.

aus nicht fähig ist (und das ist der gewöhnliche Fall), dürfte es sich sogar fragen, ob die Insel nicht auch bei anderen Obligationen, wie namentlich bei dem imperfecten Kaufcontract, wenigstens unter Umständen als ein commodum anzusehen wäre, auf welches die Regeln des §. 3 Anwendung leiden.

Für die angegebene Erklärung spricht auch der Umstand, daß die insula in flumine nata in der gedachten Stelle dem Zuwachs durch Alluvion gleichgestellt wird. Jedenfalls ist es nicht gerechtfertigt, dasjenige, was von der insula in flumine nata gesagt wird, auf die übrigen Accessionen auszudehnen, so daß wir dem Vermächtnißnehmer nur den Anspruch auf die Früchte absprächen; dies würde mit den Quellen auf das Entschiedenste im Widerspruch stehen [27].

Die bisher erwähnten Obligationen sind nicht die einzigen Obligationen, welche auf Leistung eines dem Gläubiger bisher fremden Gegenstandes gerichtet sind; für die übrigen Obligationen finden wir aber in den Quellen keine Entscheidungen. Um nun die Grundsätze festzustellen, welche für diese Obligationen gelten, müssen wir untersuchen, weshalb bei der Vermächtnißforderung, dem Schenkungsversprechen und dem Dotalversprechen der Gläubiger, der ja doch auch hier die Gefahr trägt, das in Frage stehende accessorische commodum nicht in Anspruch nehmen kann.

Daß die strenge Natur der Klage bei dem Schenkungsversprechen und dem Dotalversprechen nicht als der entscheidende Grund angesehen werden kann, ist oben schon bemerkt; bei der Vermächtnißforderung liegt dies noch klarer zu Tage (S. 28). Ferner läßt es sich nicht läugnen, daß an sich die Auffassung, welche dem Anspruch des Käufers auf das commodum zu Grunde liegt, auch bei den eben erwähnten Obligationen möglich wäre. Man könnte auch hier die Sache so ansehen, als ob die geschuldete Sache dem Gläubiger gewissermaßen schon geleistet wäre, als ob dieselbe ihm schon von der Zeit der Begründung der Obligation an gehöre. Diese Auffassung ist hier nicht, wie bei dem bedingten Kaufcontract und dem Miethvertrag, schon durch die Natur der Sache ausgeschlossen. Dessenungeachtet wird dieselbe, wie aus den Grundsätzen über das com-

---

27) S. besonders L. 63. §. 4. D. ad S. C. Trebell. (36. 1), sowie ferner Nov. 131. cap. 12, aus der klar hervorgeht, daß kein Unterschied zwischen den Früchten und den eigentlichen Accessionen zu machen ist.

modum hervorgeht, hier nicht angenommen; und der Grund, weshalb dies nicht geschieht, kann uns, wenn wir die zur Frage stehenden obligatorischen Verhältnisse mit einander zusammenhalten, nicht zweifelhaft sein. Er muß darin gefunden werden, daß es sich hier um Forderungen ex causa lucrativa handelt. Denn in dieser Beziehung stimmen die gedachten Verhältnisse überein, und in der That ist es auch der Billigkeit durchaus entsprechend, bei solchen Forderungen eine Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des commodum nicht ohne Weiteres eintreten zu lassen.

Gehen wir nun davon aus, so müssen wir annehmen, daß die für den Kaufcontract geltenden Regeln nicht nur auf den Tauschvertrag, sondern auch auf die anderen Fälle auszudehnen sind, in welchen der Gläubiger ex causa onerosa ein Forderungsrecht auf Leistung eines Gegenstandes zum Behalten hat, und die beim Kauf zu Grunde liegende Auffassung möglich ist. So wird es keinem Zweifel unterliegen, daß diese Regeln gelten, wenn Jemand durch Vergleich sich zur Leistung eines Gegenstandes verpflichtet. Gerade hier tritt die Tendenz, etwas sogleich Fertiges an die Stelle des ungewissen, schwankenden Zustandes zu setzen, besonders klar und scharf hervor. Dagegen kann beim Pachtcontract der Pächter sein auf Benutzung der gepachteten Sache gerichtetes Recht nicht auf das nach Abschluß des Contracts hinzutretende commodum der hier zur Frage stehenden Art ausdehnen, weil in Beziehung auf den Pächter die Auffassung, welche dem Anspruch auf das commodum zu Grunde liegt, nicht paßt.

Unter Umständen tritt der Anspruch auf das commodum nicht sogleich mit dem Abschluß des Contracts ein, sondern erst in einem späteren Zeitpunkt; und zwar gilt dies nicht blos dann, wenn der Vertrag unter einer Bedingung abgeschlossen ist, sondern auch in anderen Fällen, wie namentlich dann, wenn dem Käufer alternativ diese oder jene Sache verkauft ist.

Die zweite Classe von Obligationen, welche wir zu betrachten haben, wird gebildet durch die Obligationen, welche auf Restitution eines Gegenstandes gerichtet sind, den der Schuldner von dem Gläubiger oder für denselben empfangen hat.

Auch hier haben wir es dem oben (S. 7 ff.) Bemerkten zufolge nur mit den Fällen zu thun, wo der Gegenstand in specie zu restituiren ist, also nicht mit den Fällen, wo der Schuldner eine gleiche Quantität fungibler Sachen oder überhaupt das Empfangene in genere zu restituiren hat, wie dies beim Darlehn, dem depositum irregulare, der locatio irregularis der Fall ist.

Die einzelnen obligatorischen Verhältnisse, welche hier in Betracht kommen, sind sehr verschieden. Bei Einigen ist der Schuldner nur Detentor oder juristischer Besitzer der von ihm zu restituirenden Sache, bei Anderen ist der Schuldner Eigenthümer der Sache; während also bei den ersteren Obligationen der Schuldner nur die Detention oder den juristischen Besitz dem Gläubiger einzuräumen hat, geht die Verpflichtung des Schuldners bei den anderen Obligationen auf Uebertragung des Eigenthums. Ein fernerer Unterschied besteht darin, daß einige Obligationen, wie die Sachenmiethe, dem Schuldner ein Recht auf gewisse Erträge des zu restituirenden Gegenstandes gewähren, während dies bei anderen Obligationen nicht der Fall ist.

Die Regel nun, die wir hier aufstellen können, ist die: der Schuldner muß bei allen diesen Obligationen das commodum rei herausgeben, insoweit ihm nicht durch das obligatorische Verhältniß ein Recht darauf besonders eingeräumt ist, sei es durch ausdrückliche Vereinbarung, sei es durch die Natur und den Zweck des obligatorischen Verhältnisses selbst. Um diese Regel zu erklären, müssen wir ausgehen von denjenigen Fällen, wo die Sache am einfachsten sich gestaltet.

Die einfachsten Fälle sind die, wo der Schuldner nicht das Eigenthum an der zu restituirenden Sache erhalten hat, sondern wo ihm die Sache nur zur Detention oder zum Besitz übergeben ist, und er beim Empfang die Verpflichtung zur Restitution übernommen hat. Dahin gehören die Fälle des depositum und commodatum, ferner die Fälle, wo Jemand als Miether eine Sache erhält, wo Jemand als Mandatar, Vormund u. s. w. fremdes Vermögen zur Verwaltung in Empfang nimmt.

Durch die Hingabe allein wird hier dem Schuldner, der ja nur die Detention oder den Besitz erhält, kein Recht auf die Erträge der Sache gegeben; der Schuldner hat nur insoweit ein Recht auf die Vortheile, welche die Sache gewährt, als es ihm durch das obligatorische Verhältniß eingeräumt ist. Abgesehen davon müssen die Vortheile dem Gläubiger als Eigenthümer zufallen. In vielen Fällen erwirbt er diese

Vortheile schon unmittelbar, so daß es einer Herausgabe durch den Schuldner nicht bedarf; aber auch da, wo dies nicht der Fall ist, versteht es sich von selbst, daß der Schuldner dem Gläubiger diese Vortheile nicht vorenthalten kann. Es ergiebt sich hieraus zugleich, daß die Verpflichtung des Schuldners auch für den Fall anerkannt werden muß, wenn er durch einen besonderen Nebenvertrag die Gefahr übernommen, also für den Fall eines zufälligen Untergangs der Sache den Gläubiger zu entschädigen versprochen hat. Der Anspruch des Gläubigers auf das commodum gründet sich auf die Eigenthumsverhältnisse, in denen durch einen solchen Vertrag nichts geändert wird [28]).

Der Gläubiger hat übrigens in den angegebenen Fällen auch dann einen Anspruch auf das commodum, wenn er eine fremde Sache hingegeben hat [29]). Dies steht mit der obigen Auffassung nicht in Widerspruch. Denn der Schuldner kann nicht das Recht des Eigenthümers gegen den Gläubiger geltend machen; er ist auch hier verpflichtet, die Sache zu restituiren, wie wenn sie dem Gläubiger gehörte [30]).

Den eben erwähnten Fällen steht am nächsten die Verpflichtung des Ehemannes zur Restitution der Dos. Allerdings wird der Mann juristisch als Eigenthümer der zu restituirenden Dotalsachen angesehen. Dieser Grundsatz ist aber offenbar nur angenommen, um dem Manne eine freiere Verfügung und eine kräftigere Administration möglich zu machen. Was die factischen Vortheile des Eigenthums betrifft, so hat durch diesen Satz dem Mann Nichts eingeräumt werden sollen, was ihm nicht schon nach dem Zwecke der Dos zukommt. In der That nimmt der Ehemann in Beziehung auf die Dos eine

---

28) Anders ist dies allerdings, wenn der Nebenvertrag sich nicht darauf beschränkt, daß der Schuldner das periculum übernimmt, sondern durch den Nebenvertrag der Gegenstand der Obligation geändert wird, z. B. wenn der Schuldner sich verpflichtet, statt der ihm überlieferten Sachen eine Summe Geldes oder eine gleiche Anzahl von Sachen derselben Art und Güte zu restituiren. In diesen Fällen braucht der Schuldner natürlich die Früchte der Sachen nicht zu restituiren; denn die speciell ihm hingegebenen Sachen sind durch den Nebenvertrag nicht allein sein Eigenthum geworden, sondern zugleich auch gänzlich aus dem obligatorischen Nexus ausgeschieden. Die Obligation geht gar nicht auf Restitution dieser bestimmten Sachen.

29) L. 22. §. 2. D. de pign. act. (13. 7).

30) Dieser Gesichtspunkt wird ausdrücklich hervorgehoben in L. 11. D. sol. matr. (24. 3), die auf einen durchaus verwandten Fall sich bezieht.

Doppelstellung ein; auf der einen Seite wird er als Eigenthümer anerkannt, auf der anderen Seite erscheint er als ein Verwalter fremder Güter, nur mit ausgedehnteren Befugnissen; und von diesem letzteren Gesichtspunkt aus wird denn auch gesagt: dos mulieris est [31]). Von diesem Gesichtspunkt aus ergiebt es sich denn auch von selbst, daß der Ehemann neben den Dotalgegenständen das commodum herausgeben muß, insoweit er nicht nach dem Zwecke der Dos einen Anspruch darauf hat.

In ähnlicher Weise erkärt es sich, daß der Geschäftsführer (Mandatar, Vormund u. s. w.), welcher Sachen für den Geschäftsherrn erwirbt, das commodum herausgeben muß. In den Fällen, wo der Geschäftsführer bei dem Eigenthumserwerb als Vertreter des Geschäftsherrn auftritt, ergiebt sich dies schon daraus, daß hier der Geschäftsherr sofort durch die Handlung des Geschäftsführers das Eigenthum erwirbt. Aber auch, wo das nicht der Fall ist, und demnach das Eigenthum von dem Veräußerer zunächst auf den Geschäftsführer übertragen wird, ist es doch klar, daß er das Eigenthum nur für den Geschäftsherrn in Händen hat, daß es, was die Vortheile des Eigenthums betrifft, so anzusehen ist, als ob der Geschäftsherr das Eigenthum schon erhalten habe.

Derselbe Fall ist es, wenn ein socius Sachen für die Societät erwirbt.

Das letzte Glied in der Kette bilden die condictiones sine causa. Allerdings ist hier der Schuldner Eigenthümer; aber eben dasjenige, was er sine causa hat, ist das Eigenthum. Der Gläubiger hätte eigentlich das Eigenthum fortwährend haben sollen, und eben daher muß auch hier ein Anspruch auf das commodum dem Gläubiger eingeräumt werden.

In den angegebenen Fällen trägt der Gläubiger zugleich die Gefahr. Der Grund seines Anspruchs auf das commodum liegt aber nicht in dem Tragen der Gefahr; auch beruht der Anspruch auf das commodum bei diesen Obligationen nicht, wie bei dem Kaufcontract, auf demselben Grunde, wie das Tragen der Gefahr.

Der Grundsatz, daß der Gläubiger die Gefahr trägt, hat hier allein die Bedeutung, daß er im Fall einer ohne Verschulden des De-

31) L. 75. D. de jure dot. (23. 3). S. auch L. 30. C. de jure dotium (5. 12).

bitor eintretenden Unmöglichkeit der Leistung keine Entschädigung verlangen kann, und derselbe beruht wesentlich darauf, daß der Entschädigungszwang nach römischem Recht regelmäßig eine culpa des Verpflichteten voraussetzt. Daß aber auf diesem Grunde der Anspruch des Gläubigers auf das commodum nicht beruhen kann, versteht sich von selbst.

Die beiden Sätze, daß der Gläubiger die Gefahr trägt, und daß er das commodum in Anspruch nehmen kann, stehen also in Ansehung der auf Restitution gerichteten Obligationen in der That nicht in einem unmittelbaren und nothwendigen Zusammenhange; und deshalb kann man, wenn auch das Zusammentreffen von periculum und commodum das durchaus Gewöhnliche ist, doch keineswegs dasselbe für alle Fälle annehmen.

Beiläufig ist oben schon bemerkt, daß das Versprechen des Schuldners, für den casus einzustehen, ihn wenigstens im Allgemeinen nicht von der Verpflichtung zur Leistung des commodum befreien kann. In den Eigenthumsverhältnissen wird dadurch keine Veränderung hervorgebracht.

Ebenso wird in dem Fall, wenn der Schuldner, dem eine Sache vom Gläubiger übergeben ist, sich verpflichtet hat, entweder diese bestimmte Sache zu restituiren oder die aestimatio derselben zu bezahlen, die Gefahr und der Anspruch auf das commodum nicht immer bei derselben Hand sein [32]).

Beim Kaufcontract wird man, wie wir oben (S. 31 ff.) gesehen haben, allerdings, wenn der Verkäufer sich verpflichtet hat, diese oder jene bestimmte Sache zu leisten, dem Gläubiger kein Recht auf das commodum einräumen können, so lange der Gegenstand nicht firirt ist. Dasselbe ist bei den übrigen Obligationen der ersten Classe anzunehmen, indem vor erfolgter Firirung des Gegenstandes die Auffassung, daß derselbe dem Gläubiger gewissermaßen schon gehöre, nicht wohl Platz greifen kann. Anders ist dies bei den Obligationen, welche auf Restitution hingegebener Sachen gerichtet sind. Denn die hingegebene Sache tritt dadurch allein, daß der Schuldner sie empfängt

32) Ist schlechthin die Verpflichtung auf die aestimatio gerichtet, so versteht es sich von selbst, daß der Gläubiger nicht das commodum der hingegebenen Sache verlangen kann. Dies beruht aber nicht darauf, daß in diesem Fall der Schuldner die Gefahr trägt. S. oben Note 28 und unten den Text zu Ende dieses Paragraphen.

unter der Verpflichtung, diese bestimmte Sache oder etwas Anderes zu leisten, nicht aus dem Eigenthum des Gläubigers heraus; vielmehr bedarf es dazu noch eines ferneren Acts [33].

Es versteht sich nun allerdings von selbst, daß der Schuldner, wenn er nachher die aestimatio zahlt, das commodum der hingegebenen Sache behalten kann. Wenn aber derjenige, der die Wahl hat, sich für die Restitution der hingegebenen Sache entscheidet, und nun diese Sache vom Schuldner restituirt wird, so ist dieselbe in der That nie aus dem Eigenthum des Gläubigers herausgegangen, und deshalb müßte man auch annehmen, daß der Schuldner in diesem Fall mit der Sache zugleich auch das commodum zu restituiren habe, obgleich er die Gefahr trägt.

Bei manchen Obligationen wird dies auch nicht füglich bezweifelt werden können. So namentlich nicht bei dem Trödelvertrag.

In vielen Fällen trägt allerdings der Trödler nicht die Gefahr [34], und für diese Fälle kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Trödler, wenn er es nicht vorzieht, die aestimatio zu leisten, die ihm übergebene Sache mit dem commodum restituiren muß. Aber auch dann, wenn der Trödler die Gefahr trägt (weil er nämlich den ersten Anstoß zum Geschäft gegeben hat), wird nicht leicht Jemand daran zweifeln, daß die Entscheidung eben so ausfallen muß. Der Gläubiger bleibt auch in diesem Fall Eigenthümer der hingegebenen Sache, und es ist doch in der That kein Grund vorhanden, hier dem Trödler, der das Geschäft in eigenem Interesse unternommen hat, für den Fall, daß er die Sache nicht verkauft, sondern restituirt, das commodum der Sache als Gewinn zu lassen.

Man könnte dies nun freilich als eine singuläre Ausnahme ansehen, und daraus allein erklären wollen, daß der Trödler in diesem Fall sich zum Geschäft hinzugedrängt hat [35]. Aber gewiß wird man in gleicher Weise auch annehmen müssen, daß z. B. der Commodatar, wenn

---

33) Vergl. meine Beiträge, Abth. I. S. 279. Anm. 19.

34) S. meine Beiträge, Abth. I. S. 280.

35) Windscheid ist in der Recension meiner Beiträge zum Obligationenrecht (Heidelberger kritische Zeitschr. II. S. 129) der Ansicht: auch daß der Trödler in diesem Fall die Gefahr trage, habe allein darin seinen Grund, daß er sich zu dem Geschäft hinzugedrängt habe. — Wo findet sich aber sonst ein Fall, daß Jemand blos deshalb, weil er sich zu einem Geschäft hinzugedrängt hat, für den casus haftet?

derselbe sich verpflichtet hat, die geliehene Sache oder die aestimatio zu leisten, sich durch die Restitution der Sache allein nicht von seiner Verpflichtung befreien kann, sondern neben derselben zugleich das hier in Betracht kommende commodum leisten muß.

Schwierigkeit macht hier nur eine Entscheidung, die wir in dem Paragraphen 114 der Vaticanischen Fragmente finden. Diese Stelle enthält ein Responsum des Paulus und bezieht sich auf einen Fall, wo eine Ehefrau ihrem Manne Sclavinnen geschätzt in dotem gegeben hatte, und zwar in der Weise, daß die Frau bei erfolgter Trennung der Ehe die Wahl haben sollte, entweder die Restitution der Sclavinnen oder die Zahlung der aestimatio zu verlangen. Es fragte sich nun, ob der Mann, falls die Frau die Restitution der Sclavinnen verlangte, auch die inzwischen von denselben geborenen Kinder herausgeben müsse.

Die Entscheidung des Juristen ist nur unvollständig erhalten; wenn aber die uns erhaltenen Worte in dem codex rescriptus richtig gelesen sind, so wird man die Stelle nicht wohl anders ergänzen können, als dies von Bethmann-Hollweg in seiner Ausgabe der Vaticanischen Fragmente geschehen ist; und dann geht die Entscheidung dahin, daß der Mann unter allen Umständen die Kinder der Sclavinnen behalten dürfe, weil er die Gefahr in Ansehung der Sclavinnen getragen habe.

Diese Entscheidung steht, wie ich zugeben muß, mit den obigen Ausführungen nicht in Einklang, indem es ganz unzweifelhaft ist, daß der Ehemann in dem besprochenen Fall das Eigenthum an den Sclavinnen nur quasi maritus erhält. Meiner Ueberzeugung nach ist man aber in keiner Weise berechtigt, aus dieser Stelle Consequenzen zu ziehen. Daraus, daß Paulus in dem gedachten Fall unter Hinweisung auf die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, dem Schuldner das commodum zuspricht, folgt durchaus nicht, daß er ein Gleiches in den übrigen Fällen angenommen habe, wo der Schuldner, der eine Sache vom Gläubiger empfangen hat, sich verpflichtet, entweder die bestimmte ihm hingegebene Sache zu restituiren oder die aestimatio derselben zu leisten. Der Fall, der in dem §. 114 der Vaticanischen Fragmente entschieden wird, ist allerdings juristisch von den vorher erwähnten Fällen nicht verschieden; und meiner Meinung nach hätte daher auch der Ehefrau für den Fall, daß sie die Restitution der hingegebenen Gegenstände forderte, das commodum der-

selben zugesprochen werden müssen, insoweit es nicht dem Zweck der Dos gemäß dem Ehemann zufällt. Es ist aber sehr wohl möglich, daß Paulus sich hier durch Billigkeitsrücksichten, die in den oben erwähnten Fällen nicht in gleicher Weise vorliegen, bestimmen ließ, eine andere Entscheidung abzugeben; und da lag es denn nahe, als Grund für die Entscheidung die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, heranzuziehen. In den meisten Fällen traf ja in der That das Tragen der Gefahr und der Anspruch auf das commodum zusammen; und überdies finden wir in den Quellen genug Stellen, in welchen die römischen Juristen sich zur Motivirung einzelner Entscheidungen auf die eben erwähnte, anscheinend so billige Regel berufen haben, obgleich es keinem Zweifel unterliegen kann, daß der wahre Grund dieser Entscheidungen in ganz anderen Umständen liegt. Dahin gehören einige Stellen, welche von dem Zuwachs durch Alluvion sprechen (s. oben §. 3. Note 3); andere Stellen werden wir am Schlusse dieses Paragraphen noch kennen lernen. — Unter diesen Umständen muß es gewiß als höchst bedenklich erscheinen, aus der hier besprochenen Stelle Consequenzen zu ziehen. Dazu kommt aber noch, daß die Entscheidung des Paulus uns nur sehr unvollständig erhalten ist, und daß namentlich auch die letzten Worte derselben fehlen. Es läßt sich durchaus nicht sagen, ob nicht die Entscheidung, wenn sie uns vollständig erhalten wäre, ein ganz anderes Aussehen gehabt hätte [36].

---

36) Die Worte des §. 114 der Vaticanischen Fragmente, auf die es hier ankommt, lauten mit der (in Cursivschrift gedruckten) Bethmann-Hollwegschen Ergänzung folgendergestalt: „P. respondit, quoniam periculo mariti vixeru*nt mancipia*, *partus sicut fructus matrimonii* tempore perceptos apud virum remanere debe*re* . . . In der Handschrift kommen nach dem, was uns darüber mitgetheilt wird, manche Nachlässigkeiten des Abschreibers vor; überdies war bei der Beschaffenheit des Coder ein Versehen beim Lesen desselben sehr leicht möglich. — Es liegt in der Natur der Sache, daß bei Handschriften, wie die zur Frage stehende eine ist, sehr oft nur der Zusammenhang die genügende Sicherheit für die Richtigkeit einer Lesart geben kann. Der Zusammenhang giebt hier aber keinen Aufschluß darüber, ob die uns als gelesen mitgetheilten Worte auch richtig gelesen sind. — v. Buchholtz führt in seiner Ausgabe der Vaticanischen Fragmente zum §. 114 zwei Parallelstellen an, in welchen dieselbe Entscheidung sich finden soll. Es sind dies L. 10.

Fassen wir nun das bisher Bemerkte zusammen, so können wir, wenn wir von besonderen Nebenverabredungen absehen, folgende Regeln aufstellen:

1) Bei denjenigen Obligationen, welche auf Leistung eines dem Gläubiger bisher fremden Gegenstandes gerichtet sind, hat der Regel nach der Gläubiger einen Anspruch auf das hier zur Frage stehende commodum, insofern er den gesetzlichen Regeln zufolge die Gefahr trägt, und die Forderung nicht auf eine causa lucrativa sich stützt. Das Recht des Gläubigers erklärt sich daraus, daß es so angesehen wird, als ob der geschuldete Gegenstand ihm schon gehöre.

2) Bei den Obligationen, welche auf Restitution eines Gegenstandes gerichtet sind, den der Schuldner von dem Gläubiger oder für denselben empfangen hat, ist der Schuldner der Regel nach immer verpflichtet, neben der Sache auch das hier in Betracht kommende commodum zu leisten, insoweit ihm nicht durch das obligatorische Verhältniß ein Recht auf dasselbe eingeräumt ist. Das Recht des Gläubigers beruht hier auf einem durchaus ähnlichen Grunde, nämlich darauf, daß der Gläubiger Eigenthümer der geschuldeten Sache ist, oder daß er als solcher gedacht wird, oder darauf, daß das Eigenthum ohne Grund bei dem Schuldner war, während es eigentlich bei dem Gläubiger hätte bleiben sollen [37].

---

§. 6. D. de jure dot. (23. 3) und L. 48. pr. D. de legatis 2 (31). Die erste Stelle handelt aber nur vom periculum, und nicht vom commodum. Die zweite Stelle bezieht sich auf einen ganz anderen Fall. In dem Fall der L. 48. pr. D. cit. hat eine gewöhnliche aestimatio dotis stattgefunden. Die Sclavinnen sind geschätzt in dotem gegeben, in der Art, daß die Schätzungssumme den alleinigen Gegenstand der Dos bildet. Später hat der Ehemann die Dos der Frau vermacht, und bei der relegatio dotis die Bestimmung getroffen, daß die Frau, wenn sie es vorziehen würde, statt der Schätzungssumme, d. h. statt der Dos die Zurückgabe der von ihr hingegebenen Sclavinnen solle verlangen können. Es fragt sich nun, ob die Frau, wenn sie von dem ihr eingeräumten Recht Gebrauch macht, auch die von den Sclavinnen während der Ehe geborenen Kinder verlangen könne; und dies wird allerdings geläugnet. Ihr Recht, die Sclavinnen zu verlangen, beruht hier aber gar nicht auf dem Dotalvertrage, sondern einzig und allein auf der letztwilligen Verfügung des Ehemannes, in welcher von den Kindern der Sclavinnen nicht die Rede ist.

37) Brinz, Pandekten §. 134. S. 579 ff. bemerkt, im Wesentlichen übereinstimmend: der Grund, weshalb der Gläubiger bei einer Reihe von Obligationen das commodum schon vor der Mora oder der Klagmittheilung for-

Fast in allen Fällen, in welchen der Gläubiger nach diesen Regeln einen Anspruch auf das commodum hat, trägt er zugleich die Gefahr; und somit kann man, insofern es sich um das accessorische commodum handelt, welches nicht in den geschuldeten Gegenstand ganz aufgeht, sondern daneben ein selbständiges Bestehen hat, die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, wohl als einen Anhaltspunkt für die Entscheidung der Frage über das commodum ansehen. Aber ein zu großes Gewicht dürfen wir nicht auf die Regel legen, indem sie keineswegs immer zutrifft; und namentlich müssen wir uns sehr hüten, sie als eine allgemeine, für alle Obligationen geltende Regel anzusehen.

Am meisten zutreffend ist die Regel für den Kaufcontract, indem hier allerdings, abgesehen von den Fällen, wo besondere Nebenverabredungen getroffen sind, das periculum und commodum immer zusammentrifft, weil beides auf demselben Grunde beruht. Es ist deshalb sehr erklärlich, daß gerade in Beziehung auf den Kaufcontract in den Quellen sehr oft auf die Regel Bezug genommen wird.

Ebenso kann es uns nicht Wunder nehmen, daß auch bei den Obligationen auf Restitution mitunter, wenn auch nicht so häufig wie beim Kaufcontract, auf die Regel Bezug genommen wird; denn, wenn auch das Tragen der Gefahr und der Anspruch auf das commodum nicht auf demselben Grunde beruht, so trifft doch auch hier regelmäßig Beides zusammen. Nur das ist entschieden unrichtig, wenn das Tragen oder Nichttragen der Gefahr als Grund angeführt wird, weshalb dem Gläubiger das commodum zuzusprechen oder nicht zuzusprechen ist.

Dennoch kommen verschiedene Stellen vor, in welchen eine derartige Begründung sich findet, nämlich außer dem oben (S. 48 ff.) schon besprochenen §. 114 der Vaticanischen Fragmente die L. 18. D. de jure dot. (23. 3), die L. 66. §. 3. D. sol. matr. (24. 3) und die

---

dern könne, liege seiner Meinung nach darin, daß in diesen Fällen die Hauptsache dem Gläubiger schon gehöre oder als ihm gehörig gedacht werde. Dieses allein genügt aber nicht, um die Obligationen, bei welchen dies gilt, zu bestimmen. S. oben S. 41. — Andere Schriftsteller begnügen sich damit, hervorzuheben, daß man nicht bei allen Obligationen eine Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des commodum annehmen dürfe. So **Unterholzner**, Schuldverhältnisse I. §. 149.

L. 13. §. 1. D. commod. (13. 6)[38]. — Von der letzten Stelle wird unten im §. 10 noch die Rede sein. Ich will mich daher hier auf die beiden ersten Stellen beschränken, die zugleich einen schlagenden Beleg dafür geben, wie wenig man sich auf die von den römischen Juristen angeführten Entscheidungsgründe verlassen kann.

In beiden Stellen ist derselbe Fall behandelt. Es sind Sclaven geschätzt in dotem gegeben, und dabei ist die Vereinbarung getroffen, daß der Ehemann nach Aufhebung der Ehe „tantidem aestimata mancipia" restituiren soll. Es wird nun die Frage aufgeworfen, wem der partus zukommt, wenn eine der hingegebenen Sclavinnen geboren hat. Die Antwort geht dahin, daß der Mann den partus behalten kann, und als Grund dieser Entscheidung wird in der einen Stelle angegeben, daß der Mann die Gefahr trage, in der anderen Stelle „quia is [sc. partus] pro periculo mancipiorum penes te [sc. maritum] esse debet".

Hier wird also das Causalverhältniß so bestimmt als möglich angegeben, in der einen Stelle sogar das commodum als eine Vergütung bezeichnet, die dem Ehemann für das Tragen der Gefahr zufällt. Und doch ist es ganz unzweifelhaft, daß der Grund, weshalb der Ehemann das commodum der hingegebenen Sachen nicht herauszugeben braucht, in etwas ganz Anderem liegt, — nämlich darin, daß die Verpflichtung des Ehemannes sich gar nicht auf die Restitution der bestimmten, ihm hingegebenen Sclaven, sondern allein darauf bezog, daß er eine gleiche Anzahl von Sclaven derselben Güte („tantidem aestimata") zurückgebe. Die hingegebenen Sclaven bildeten also gar nicht den Gegenstand der geschuldeten Leistung, und eben deshalb konnte selbstverständlich auch der Rückempfänger der Dos keinen Anspruch auf den partus erheben[39].

---

38) Beim Kaufcontract finden wir, soviel mir bekannt, in Ansehung des hier in Betracht kommenden commodum keine einzige derartige Stelle. Dies ist aber freilich nur als etwas Zufälliges zu betrachten. Denn wenn der Anspruch des Käufers auf den Zuwachs durch Alluvion daraus abgeleitet wird, daß er die Gefahr trägt, so könnte dies ebensowohl in Ansehung der Früchte u. s. w. geschehen. — Ein entscheidendes Gewicht würde man, wenn solche Stellen sich fänden, nicht auf dieselben legen können; — ebensowenig, wie auf die von der Alluvion handelnden Stellen, bei denen die Unrichtigkeit der Motivirung ganz klar zu Tage liegt.

39) Ebenso verhält es sich immer im Fall der dos aestimata, wenn die aesti-

§. 5.

2. Accessorisches commodum, welches nicht in den geschuldeten Gegenstand ganz aufgeht, sondern daneben ein selbständiges Bestehen hat. b) Umfang, in welchem dieses commodum zu leisten ist.

In dem vorigen Paragraphen haben wir die Fälle näher bestimmt, in welchen der Gläubiger das accessorische commodum, welches nicht in den geschuldeten Gegenstand ganz aufgeht, in Anspruch nehmen kann. Wir gehen jetzt zu der Frage über, in welchem Umfange der Schuldner in diesen Fällen das commodum zu leisten hat.

Diese Frage ist deshalb besonders wichtig, weil der Gläubiger der Regel nach nicht alle Vortheile, die dem Schuldner in Veranlassung davon, daß er die geschuldete Sache in Händen hatte, zugeflossen sind, in Anspruch nehmen kann. Ich werde mich hier aber kürzer fassen, und vielfach auf die trefflichen Erörterungen Bezug nehmen können, welche in der Abhandlung von Ihering über die eben erwähnte Frage sich finden.

Im Nachfolgenden denke ich nun die verschiedenen Obligationen, bei denen der Gläubiger das commodum in Anspruch nehmen kann, zusammenzufassen.

Allerdings kommen bei einigen Obligationen, die auf Restitution gerichtet sind, Abweichungen vor; zuerst insofern, als der Gläubiger in den Fällen, in welchen er fortwährend Eigenthümer der geschuldeten Sache ist, manche durch die Sache gebotene Vortheile unmittelbar erwerben wird, ohne daß es einer Vermittelung durch den Schuldner bedarf, und ferner insofern, als der Schuldner bei manchen Obliga-

---

matio der Vereinbarung zufolge das ausschließliche Restitutionsobject ist. Der Mann behält hier immer das commodum der ihm hingegebenen Sachen, aber nicht deshalb, weil er in Ansehung dieser Sachen die Gefahr trägt, sondern deshalb, weil diese Sachen gar nicht den Gegenstand der geschuldeten Leistung bilden. In den Quellen wird auch für diesen Fall das periculum und commodum zusammengestellt, aber ohne daß das Tragen der Gefahr als Grund für das Recht des Schuldners auf das commodum angegeben wird. S. L. 10. C. de jure dot. (5. 12). L. un. §. 9. i. f. C. de rei ux. act. (5. 13).

tionen auf Restitution durch das obligatorische Verhältniß ein Recht erhält, gewisse Vortheile sich definitiv anzueignen, welche an sich in den Umfang des zu leistenden commodum gehören. Diese Modificationen stehen aber einer zusammenfassenden Behandlung nicht entgegen.

Die Regel nun, welche in Beziehung auf das hier zur Frage stehende commodum gilt, ist, wie Ihering ausgeführt hat, die: der Gläubiger kann nicht jeden Gewinn, den der Schuldner mittelst der Sache gemacht hat, in Anspruch nehmen, sondern nur das commodum ex re, d. h. diejenigen Vortheile, welche durch die Sache selbst gewährt sind, und die dem Eigenthümer, falls er die Sache inne gehabt, gewissermaßen von selbst zugefallen wären [1]).

Wenn wir von der Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, ausgehen, und den Anspruch auf das commodum als eine Vergütung für das Tragen der Gefahr ansehen, so erscheint diese Beschränkung durchaus als ein Satz des positiven Rechts, der einer tieferen Begründung unfähig ist. Dagegen erklärt sie sich von selbst, wenn wir von demjenigen ausgehen, was wir im vorigen Paragraphen über den Grund des Anspruchs auf das commodum bemerkt haben.

Legen wir nun die eben aufgestellte Regel zu Grunde, daß der Schuldner alle diejenigen Vortheile herauszugeben hat, welche durch die geschuldete Sache selbst gewährt sind, und die dem Eigenthümer, falls er die Sache inne gehabt, gewissermaßen von selbst zugefallen wären, so ergiebt sich daraus Folgendes:

Es ist allerdings nicht nöthig, daß das commodum in der geschuldeten Sache seinen Entstehungsgrund hat, und noch weniger ist es nöthig, daß dasselbe darin seinen alleinigen Entstehungsgrund hat; das Letztere ist in der That niemals der Fall, selbst nicht bei den Früchten. Dagegen muß darin allein, daß der Schuldner die

---

1) Puchta, Pandekten §. 272 sagt: der Schuldner habe mit der geschuldeten Sache die ihr accedirenden Vortheile zu leisten, welche dem Gläubiger zugefallen wären, wenn die Obligation gleich nach der Entstehung erfüllt wäre; und Arndts schließt sich ihm im Wesentlichen an. Diese Fassung paßt wohl für den Kaufcontract, an den überhaupt bei der Beantwortung unserer Frage immer gar zu vorzugsweise gedacht wird; sie ist aber unzutreffend in Beziehung auf viele der übrigen Obligationen.

Sache inne hat, der Grund liegen, daß ihm und nicht unmittelbar dem Gläubiger der Vortheil gewährt oder angeboten ist.

Deshalb ist es nöthig, daß dem Schuldner der Erwerb durch die Sache wenigstens angeboten wird, ohne daß es dazu einer Willensthätigkeit von seiner Seite bedarf. Denn sonst kann man nicht sagen: das commodum wäre dem Eigenthümer von selbst zugefallen, wenn er die Ausübung des Eigenthums gehabt hätte. Dagegen beschränkt sich die Verpflichtung des Schuldners nicht allein auf Herausgabe desjenigen Gewinns, der ganz ohne sein Zuthun erworben wird; sondern sie erstreckt sich auch auf den Fall, wo zum Erwerb allerdings eine Thätigkeit von seiner Seite erfordert wird, aber eine Thätigkeit, die nur als Perception eines durch die Sache angebotenen Erwerbs erscheint [2]).

Demgemäß muß derjenige, der ein Grundstück zu leisten hat, zugleich die insula in flumine nata, insofern diese eine Accession des geschuldeten Grundstücks ist, leisten [3]), ingleichen die Früchte [4]),

---

2) Ihering ist derselben Ansicht (s. bes. S. 21). Nur das ist meiner Ueberzeugung nach irrig, daß Ihering, wie er auf der einen Seite das im §. 3 besprochene commodum nicht von dem hier in Frage stehenden trennt, so auch auf der anderen Seite keine Scheidung zwischen dem letzteren und demjenigen commodum, welches an die Stelle des geschuldeten Gegenstandes tritt, macht. Daß die oben im Text aufgestellten Grundsätze nicht auf das commodum passen, welches ganz in den geschuldeten Gegenstand aufgeht, geht aus den Erörterungen im §. 3 klar hervor; ebensowenig lassen sie sich aber anwenden auf das commodum, welches an die Stelle des geschuldeten Gegenstandes tritt. — Uebrigens muß ich bemerken, daß Ihering, während er an einigen Orten hervorhebt, die Thätigkeit des Schuldners dürfe nur als Perception eines durch die Sache angebotenen Erwerbs sich darstellen, anderswo bemerkt, der Schuldner müsse den durch seine Thätigkeit gemachten Erwerb herausgeben, wenn seine Thätigkeit nur dazu diente, ein durch die Sache gegebenes Recht zu realisiren. Diese Fassung kann leicht zu Mißverständnissen führen. Ihering ist zu derselben besonders veranlaßt durch L. 13. §. 12. D. de act. empti (19. 1), eine Stelle, die gar nicht hierher gehört. S. unten §. 9.

3) Vgl. L. 30. pr. D. de acq. rer. dom. (41. 1). Dies wurde sogar bei der Vermächtnißforderung angenommen, wo sonst das hier in Betracht kommende commodum nicht zu leisten ist. S. §. 4. Note 26.

4) Dies wird in zahlreichen Stellen mit Beziehung auf den Kaufcontract anerkannt; s. fragm. Vat. §. 15. L. 3. §. 1. D. de act. empti (19. 1). L. 4. pr. L. 38. §. 8. D. de usuris (22. 1). L. 13. L. 16. C. de act. empti (4. 49). — Nach Paulus, R. S. II. tit. 17. §. 7 könnte es scheinen, als

sowie die dem Eigenthümer zufallende Hälfte des in dem fundus gefundenen Schatzes [5]).

Ebenso muß der Schuldner, der seinen Theil an einer gemeinschaftlichen Sache zu leisten verpflichtet ist, wenn er von dem Miteigenthümer mit der actio communi dividundo belangt und durch adjudicatio Eigenthümer des Ganzen geworden ist, auch den adjudicirten Theil leisten [6]); der Erwerb des adjudicirten Theils beruht, wie

---

ob der Käufer erst von dem Zeitpunkt an, wo er den Kaufpreis bezahlt hat, einen Anspruch auf die Früchte hätte; und in der That ist dieses auch von Manchen, wenngleich zum Theil mit einigen Modificationen, behauptet worden, so z. B. von Cujacius ad L. 13. §. 10. D. de act. empti (opp. VII. p. 768 seq. edit. Neapol. 1722), von Pothier, Pandectae XIX. 1. sub Nr. LXIV, und noch in der allerneuesten Zeit von Molitor, les Obligations II. §. 417. Diese Ansicht läßt sich aber mit den Stellen, welche wir im corpus juris finden, nicht vereinigen, indem diese den Verkäufer ohne Beschränkung zur Herausgabe der Früchte verpflichten. — Ebenso, wie bei dem Kaufcontract, wird auch in Ansehung einer Reihe von anderen hieher gehörigen Obligationen das Recht des Gläubigers auf die Früchte anerkannt; s. L. 38. §§. 1—3. §§. 9. 10. D. de usuris (22. 1). L. 15. pr. L. 65. §. 5. D. de cond. indeb. (12. 6). L. 38. §. 1. D. pro socio (17. 2). L. 10. §. 9. D. mandati (17. 1). L. 3. C. de pign. act. (4. 24). — Uebrigens tritt gerade in Ansehung der Früchte nicht selten das ein, worauf oben (S. 53 ff.) aufmerksam gemacht ist, nämlich daß dem Schuldner durch das obligatorische Verhältniß selbst das Recht eingeräumt ist, sich dieselben definitiv anzueignen. Wo nun ein solches Recht besteht, wie das namentlich beim Pächter, sowie ferner bei dem Ehemann in Ansehung der in die Zeit der Ehe fallenden Früchte der Fall ist, braucht der Schuldner die Früchte natürlich nicht herauszugeben. S. z. B. L. un. §. 9. C. de rei ux. actione (5. 13). — Den partus ancillae habe ich im Text nicht besonders erwähnt. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß der Gläubiger, dem ein Anspruch auf das hier zur Frage stehende commodum zusteht, immer auch den partus ancillae in Anspruch nehmen kann. Dies wird auch in einer Menge von Stellen bestätigt; so z. B. in Beziehung auf die Dos in L. 10. §. 2. L. 69. §. 9. D. de jure dot. (23. 3). L. un. §. 9. C. de rei ux. act. (5. 13). L. 1. C. soluto matrimonio (5. 18).

5) S. L. 7. §. 12. D. sol. matr. (24. 3). Die im Text aufgestellte Behauptung ist zwar bestritten, aber von Jhering (S. 8) auf das Schlagendste als richtig nachgewiesen. Daß der Schuldner die Hälfte, die ihm als Finder zufällt, nicht herauszugeben hat, versteht sich von selbst; diese wäre ihm auch dann zugefallen, wenn der Gläubiger bereits Eigenthümer gewesen wäre, und in der vollen Ausübung des Eigenthums sich befunden hätte. Auf diese Hälfte hat der Eigenthümer als solcher nie einen Anspruch.

6) L. 7. §. 13. D. comm. div. (10. 3). L. 13. §. 17. D. de act. empti (19. 1). L. 78. §. 4. D. de jure dot. (23. 3).

Ihering mit Recht hervorhebt, lediglich auf der Verpflichtung des Miteigenthümers, sich auf die actio communi dividundo einzulassen, und dem in dieser Klage liegenden Recht des Richters zur adjudicatio [7]).

Imgleichen mußte der Schuldner, der einen Sclaven zu leisten hatte, dasjenige herausgeben, was der Sclave durch seine operae erworben hatte [8]), sowie dasjenige, was er erworben hatte durch Geschenke, die ihm gemacht, oder durch Erbschaften und Vermächtnisse, welche ihm hinterlassen waren [9]). Der Befehl an den Sclaven, die Erbschaft anzutreten, ist allerdings eine Thätigkeit, aber eine Thätig-

---

7) Ihering S. 10.

8) L. 13. §. 18. D. de act. empti (19. 1).

9) L. 13. §. 18. D. de act. empti (19. 1). L. 38. §. 5. L. 39. D. de hered. instit. (28. 5). L. 45. §. 1. D. de acq. hered. (29. 2). (Die letzte Stelle zeigt, daß man die L. 47. D. de jure dot. (23. 3) nicht zu einem argumentum a contrario benutzen darf.) — Zweifelhaft ist es nur, ob der Schuldner die Erbschaft u. s. w. auch dann herausgeben muß, wenn sie dem Sclaven mit Rücksicht darauf hinterlassen ist, daß gerade er (der Schuldner) sein Herr sei. Consequenterweise müssen wir sagen, daß auf diesen Umstand nichts ankommen kann. Der Erwerb wird auch in dem Fall, wo der Sclave contemplatione debitoris zum Erben eingesetzt ist, durch den Sclaven gemacht; und der Umstand, daß der Schuldner die occasio ist, daß der Sclave den Gewinn macht, kann der Strenge nach, wie Ihering S. 20 ausführt, nichts ausmachen. Dies wird auch von Ulpian mit Beziehung auf den Verkäufer in der L. 13. §. 18. D. de act. empti (19. 1) ausdrücklich anerkannt: „nec distinguendum, cujus respectu ista sint relicta." Dennoch sagt derselbe Ulpian, daß der Ehemann die dem Dotalsclaven hinterlassene Erbschaft behalten kann, wenn der Sclave mit Rücksicht auf ihn zum Erben eingesetzt ist. L. 19. §. 1. D. de peculio (15. 1). (Daraus erklärt sich auch, daß die L. 31. §. 4. D. soluto matrimonio (24. 3) nur von den, nach der Scheidung durch Dotalsclaven erworbenen Legaten und Erbschaften handelt; diese mußte der Ehemann immer restituiren; in Ansehung der während der Ehe erworbenen galt dies nicht so unbedingt.) Eine ähnliche Entscheidung von Ulpian findet sich in Beziehung auf den Usufruct in L. 21. 22. D. de usufructu 7. 1. Ebenso wird endlich gesagt, daß der Fiduciar, dem der Erblasser die Verpflichtung auferlegt hat, die Erbschaft cum incremento herauszugeben, doch die von einem Dritten einem Erbschaftssclaven hinterlassene Erbschaft soll behalten dürfen, wenn er den Beweis führt, „contemplatione sui servum esse heredem institutum". L. 63. §. 4. D. ad S. C. Trebell. (36. 1). — Die letzteren Entscheidungen lassen sich nur aus Billigkeitsrücksichten erklären. In einigen der citirten Stellen wird zwar die Sache so aufgefaßt, als ob der Erwerb in den Fällen, wo der Sclave con-

keit, die nur als Perception eines angebotenen Erwerbs sich darstellt [10]).

Dagegen genügt es nicht, wenn das Innehaben der Sache nur die Veranlassung zum Erwerb gegeben hat, der Gewinn aber nicht durch die Sache selbst dargeboten wird, sollte auch die Thätigkeit des Schuldners keine andere gewesen sein, als daß er den ihm angebotenen Erwerb angenommen hat. Deshalb braucht der Verkäufer einer Erbschaft, wenn er ein indebitum von Jemandem erhalten

---

templatione debitoris zum Erben eingesetzt ist, eigentlich ex re debitoris hervorgegangen sei; dies ist aber offenbar eine Verwechslung, wie wir sie freilich auch in anderen Entscheidungen der Quellen in ähnlicher Weise finden; s. L. 45. §. 4. D. de acq. hered. (29. 2). L. 10. §. 6. D. de vulg. subst. (28. 6). Wäre der Erwerb in diesen Fällen wirklich ein Erwerb ex re debitoris, so müßte in Ansehung des Verkäufers dasselbe gelten, wie in Ansehung des Ehemannes. Der Erwerb ist in der That kein Erwerb ex re debitoris, die Vergleichung mit diesem Erwerb führt uns aber dahin, die Gründe zu erkennen, welche die römischen Juristen bewogen, hier in einigen Fällen die strenge Consequenz zu verlassen. S. die folgende Note.

10) Nur dasjenige, was der zu leistende Sclave ex re debitoris erwirbt, braucht nicht herausgegeben zu werden. L. 13. §. 13. i. f. D. de act. empti (19. 1). L. 19. §. 1. init. D. de peculio (15. 1). L. un. §. 9. C. de rei ux. (5. 13). — Diese jetzt unpraktische Bestimmung beruht auf einem ganz besonderen Grunde, aus dem sich Consequenzen nicht ziehen lassen; und eben deshalb führe ich sie hier nur beiläufig an. Der Grund dieser Bestimmung ist meiner Meinung nach aber folgender. Bei dem Erwerb ex re debitoris (fructuarii, possessoris u. s. w.) erscheint der Sclave, wie v. Scheurl (Beiträge I. S. 293) mit Recht hervorhebt, immer nur als ein Werkzeug für die juristischen Handlungen des Inhabers. (Der Fall, wenn der Schuldner dem zu leistenden Sclaven etwas schenkt, wird nämlich, wie aus L. 13. §. 18. init. D. de act. empti (19. 1) hervorgeht, nicht hieher gerechnet.) Der Schuldner hätte den Erwerb, den der Sclave ex re ipsius gezogen hat, ebenso gut durch seine eigene Handlung oder durch die Handlung eines anderen Sclaven machen können. Es ist in der That etwas Zufälliges, daß der Erwerb gerade durch die Handlung dieses Sclaven vermittelt ist, und deshalb wird dieser Umstand als irrelevant betrachtet. Demgemäß ist denn ganz allgemein angenommen, das derjenige, der das durch einen Sclaven Erworbene herauszugeben hat, doch den Erwerb behalten kann, welcher ex re ipsius geflossen ist. (S. auch Jhering S. 29.) — Ganz anders verhält es sich in dem Fall, wenn dem Sclaven Vermächtnisse und Erbschaften hinterlassen sind. Hier konnte der Erwerb nur durch diesen bestimmten Sclaven gemacht werden. Wenn dennoch in verschiedenen Stellen die Erbschaft, welche dem Sclaven contemplatione debitoris hinterlassen ist, mit dem Erwerb ex re debitoris zusammengestellt wird, so erklärt sich das wohl auf

hat, der sich irrthümlich für den Schuldner des Erblassers hielt, dieses nicht an den Käufer herauszugeben [11]). Noch weniger braucht der Schuldner dasjenige herauszugeben, was ihm blos mit Rücksicht darauf, daß er die geschuldete Sache inne hat, oder daß er in diesem obligatorischen Verhältniß steht, zugewendet ist [12]). Auch hier ist der

---

folgende Weise. Bei dem Erwerb ex re debitoris kann man es als etwas Zufälliges betrachten, daß der Schuldner sich zum Erwerb gerade dieses Sclaven, und nicht eines anderen Werkzeugs bedient hat; wenn der Sclave respectu debitoris zum Erben eingesetzt ist, kann man es als zufällig betrachten, daß der Testator sich, um dem Schuldner die Erbschaft zuzuwenden, gerade des Mittels bedient hat, diesen bestimmten Sclaven zu instituiren, und darauf besonders Gewicht legen, daß der Erblasser nicht sowohl dem Sclaven, als vielmehr dem Schuldner etwas zuwenden wollte. — Diese Auffassung findet sich auch sehr unzweideutig in einem Gesetz von Justinian, L. 21. C. de jure delib. (6. 30). So mag es sich denn erklären, daß man in einigen Fällen den letzten Erwerb so behandelte, wie den Erwerb der Sclaven ex re debitoris.

11) L. 2. §. 7. D. de hered. vend. (18. 4).

12) L. 60. §. 1. D. pro socio (17. 2). Ihering S. 19 stellt mit dieser Stelle diejenigen zusammen, in welchen gesagt wird, daß der Schuldner eines Sclaven die demselben hinterlassene Erbschaft herauszugeben habe, auch wenn der Sclave mit Rücksicht auf den Schuldner zum Erben eingesetzt sei. Er bemerkt mit Recht: in dem letzten Fall wird der Erwerb durch die Sache gemacht; der Schuldner ist die Veranlassung, daß die Sache (der Sclave) erwirbt, und deshalb muß consequenterweise der Gewinn herausgegeben werden. In dem Fall der L. 60. §. 1. D. cit. ist dagegen das obligatorische Verhältniß blos die Veranlassung, daß der Schuldner einen Erwerb macht; der Erwerb wird nicht durch die Sache gemacht, und deshalb braucht derselbe nicht herausgegeben zu werden. — Zugleich abstrahirt Ihering S. 19 aus den gedachten Entscheidungen das Princip: wo Jemand eines gewissen Verhältnisses wegen, das oder dessen Gegenstand und Folgen er auf einen Anderen übertragen mußte, von einem Dritten etwas erwirbt, gilt Letzteres nur dann als die Folge jenes Verhältnisses und muß mit demselben übertragen werden, wenn es eine nothwendige Folge war, also auf irgend eine Weise erzwungen werden konnte. — Ich glaube auf der einen Seite, daß die zur Frage stehenden Entscheidungen sich aus dem oben (S. 54) aufgestellten Princip erklären, so daß es der Aufstellung eines neuen Princips nicht bedarf; auf der anderen Seite ist mir aber auch der von Ihering aufgestellte Grundsatz völlig unverständlich. Daß ein Dritter den geschuldeten Sclaven zum Erben einsetzt, ist eben so sehr eine Sache seiner freien Willkür, als wenn er mir mit Rücksicht darauf, daß ich in einem Societätsverhältniß stehe, ein Versprechen leistet. Beides läßt sich nicht erzwingen. Ist dagegen einmal das Versprechen geleistet, so kann natürlich die Erfüllung erzwungen werden.

Umstand, daß er die geschuldete Sache inne hat, nur die Veranlassung des Erwerbs; der Erwerb wird ihm nicht durch die Sache selbst angeboten.

Ferner hat der Gläubiger keinen Anspruch auf das commodum, dessen Erwerb eine Thätigkeit des Schuldners voraussetzt, die weiter geht, als daß sie lediglich als Perception eines angebotenen Vortheils aufgefaßt werden könnte, — mag nun das Innehaben der Sache blos die Veranlassung oder mag es die nothwendige Voraussetzung des Erwerbes bilden.

Demgemäß braucht der Schuldner das auf dem geschuldeten Grundstück geschossene Wild nicht herauszugeben; denn wenn auch der Besitz des Grundstücks die Veranlassung zum Erwerb gegeben hat, so hat der Schuldner doch den Erwerb nicht sowohl durch die Sache gemacht, als vielmehr durch seine eigene willkürliche Thätigkeit. Nur dann wird eine Ausnahme gemacht, wenn die Bestimmung des Grundstücks darin bestand, dem Eigenthümer einen solchen Gewinn zu verschaffen, si fructus fundi ex venatione constat. Hier wird die Thätigkeit, da sie nur dazu dient, einen Ertrag aus dem Grundstück zu ziehen, auf welchen jeder verständige Eigenthümer desselben rechnet, nicht als eine willkürliche, sondern als Perception eines durch die Sache dargebotenen Gewinnes angesehen [13]).

Ferner braucht der Miteigenthümer, der seinen Theil verkauft hat, den ihm adjudicirten Theil des anderen Eigenthümers nicht herauszugeben, wenn er selbst die actio communi dividundo angestellt hat [14]). Der Erwerb hat auch hier seinen Grund im Mitei-

---

13) L. 26. D. de usuris (22. 1). Ihering S. 7 meint: der Schuldner habe hier, da nicht das Wild, sondern die Jagd der fructus fundi sei, nicht den Werth des geschossenen Wildes, sondern die aestimatio venationis zu leisten. — Ich vermuthe, daß er unter der aestimatio venationis den Werth des durchschnittlichen Ertrags versteht, den die Jagd während einer Zeit, wie die in Betracht kommende ist, gewährt. Alsdann ist aber die Ansicht von Ihering meiner Meinung nach unrichtig. Wie es überhaupt in Ansehung der Früchte nicht auf den durchschnittlichen Ertrag ankommt, sondern auf den in der fraglichen Zeit wirklich percipirten Ertrag, so wird auch hier der wirkliche Ertrag die Grundlage für den Ersatz bilden, und, insofern dem Schuldner keine von ihm zu prästirende Schuld zur Last fällt, wird seine Verpflichtung sich nur darauf erstrecken, daß er den Werth des wirklich geschossenen Wildes herausgebe, nicht mehr, aber auch nicht weniger.

14) Deshalb wird in den Stellen der Note 6 nur von dem Fall gesprochen, wo der Schuldner der mit der actio communi dividundo verklagte Theil ist.

genthum, und hätte ohne dieses in der gedachten Weise nicht eintreten können; aber er ist herbeigeführt durch die selbständige, willkürliche Thätigkeit des Schuldners, die weit hinausgeht über eine bloße Perception [15]).

Noch weniger kann der Gläubiger verlangen, daß der Schuldner neben der geschuldeten Sache den Gewinn herausgebe, den er durch Rechtsgeschäfte, die er über die Sache abgeschlossen hat, gemacht hat. Mag auch die Sache als Mittel zur Erlangung des Gewinnes gedient haben, so ist doch dazu zugleich eine Thätigkeit des Schuldners erforderlich gewesen, die nicht bloß darin bestand, einen durch die Sache angebotenen Erwerb anzunehmen, sondern so wesentlich war, daß es ohne diese gar nicht zu einem Anbieten des Erwerbes kommen konnte. Es handelt sich hier nicht um einen Gewinn, der durch die Sache selbst angeboten ist, und der dem Eigenthümer, wenn er die volle Ausübung des Eigenthums gehabt hätte, gewissermaßen von selbst zugefallen wäre.

Hieraus folgt, daß der Gläubiger keinen Anspruch auf die Mieth- und Pachtgelder erheben kann, die der Schuldner durch Vermiethung oder Verpachtung der geschuldeten Sache erworben hat. — Gerade diese Anwendung des von uns aufgestellten Grundsatzes ist jedoch in hohem Grade bestritten, und eben deshalb ist es nöthig, die Frage, ob der Gläubiger die vom Schuldner eingenommenen Mieth- und Pachtgelder verlangen kann, eingehender zu erörtern. Wir werden diese Erörterung aber bis zum §. 10 aufschieben, weil hier zugleich ein anderer Gesichtspunkt sich geltend macht, nämlich der Gesichtspunkt, daß die Pachtgelder nicht eigentlich als ein accessorisches commodum, sondern als ein Aequivalent für die natürlichen Früchte, mithin als ein an die Stelle derselben tretendes commodum erscheinen.

---

15) Derselben Ansicht ist auch Ihering, S. 10. Note 3. — Wenn man übrigens den Grundsatz so fassen wollte, daß der Schuldner verpflichtet wäre, den durch seine Thätigkeit gemachten Erwerb herauszugeben, falls seine Thätigkeit nur dazu diente, ein durch die Sache facultativ gegebenes Recht zu realisiren (s. oben Note 2 a. E.), so würde es allerdings sehr zweifelhaft sein, ob man dem Gläubiger nicht ein Recht auf den adjudicirten Theil auch in dem hier zur Frage stehenden Fall einräumen müßte. Denn die Anstellung der actio communi dividundo ist doch in der That nur Realisirung eines durch die Sache facultativ gegebenen Rechts.

Diese kurzen Bemerkungen mögen genügen, um den Umfang, in welchem der Schuldner das commodum zu leisten hat, im Allgemeinen zu bezeichnen. Um jedoch diesen Umfang genauer zu bestimmen, sind noch folgende Bemerkungen hinzuzufügen:

1) Die Verpflichtung des Schuldners erstreckt sich nicht blos auf Herausgabe des wirklich gemachten Gewinnes der vorbezeichneten Art, sondern auch auf Herausgabe desjenigen Gewinnes, der ihm durch die Sache angeboten ist, den er aber in Folge einer von ihm zu prästirenden culpa zu machen versäumt hat. Demgemäß wird dem Gläubiger bei verschiedenen der hier in Betracht kommenden Obligationen ein Anspruch auf versäumte Früchte zugesprochen [16]. Dasselbe muß auch gelten in Ansehung der übrigen Obligationen, soweit nicht etwa dem Schuldner durch das obligatorische Verhältniß ein Recht auf die Früchte eingeräumt ist [17], sowie in Ansehung sonstiger versäumter Erwerbungen [18]. Es ist jedoch hier zu bemerken, daß in den Fällen, in welchen der Gläubiger fortwährend Eigenthümer bleibt, der Erwerb vielfach nicht dem Schuldner, sondern unmittelbar dem Gläubiger angeboten wird, und daß dann selbstverständlich von einer Verpflichtung

---

16) L. 3. C. de pign. act. (4. 24). L. 2. C. de partu pignoris (8. 25). L. 38. §. 1. i. f. D. de usuris (22. 1). In der letzten Stelle wird gesagt: der Bräutigam, dem ein Grundstück dotis causa gegeben sei, müsse, wenn die Ehe nicht zu Stande komme, das Grundstück mit Früchten herausgeben. Als Grund wird angegeben, daß es ihm sonst frei stehen würde, das Grundstück zu vernachlässigen. Daß dieser Grund nicht zutreffend ist, bedarf keiner Ausführung; es geht aber klar aus demselben hervor, daß die Verpflichtung sich nicht blos auf die fructus percepti, sondern auch auf die versäumten Früchte bezieht. — Eine andere Frage ist es, ob der Schuldner verpflichtet ist, den Boden zu besäen, überhaupt die Thätigkeit aufzuwenden, welche nöthig ist, damit der Boden Früchte bringe. Er ist dazu verpflichtet in denjenigen Fällen, in welchen ihm eine Pflicht, das fremde Gut zu verwalten, obliegt, und demgemäß auch in dem Fall, welcher in L. 38. §. 1. D. de usuris (22. 1) behandelt ist. Doch wird man eine solche Verpflichtung nicht für alle Fälle annehmen können.

17) So auch selbst bei der condictio indebiti. Da jedoch der Schuldner hier nur wegen dolus verantwortlich ist, so kann von einer Verpflichtung zur Herausgabe des versäumten Gewinns nicht anders die Rede sein, als wenn der Empfänger des indebitum erfahren hat, daß die ihm geleistete Sache ihm nicht geschuldet sei.

18) So heißt es denn auch in der L. 13. §. 16. D. de act. empti (19. 1)

des Schuldners, den Gewinn für den Gläubiger zu machen, nicht die Rede sein kann [19]).

Was von dem versäumten Erwerb gilt, gilt auch von dem Erwerb, den der Schuldner gar nicht machen konnte, insofern der Grund, weshalb er ihn nicht machen konnte, allein in einem Umstand liegt, für welchen er verantwortlich ist. Dieses ist besonders wichtig für die Obligationen, die auf Leistung eines dem Gläubiger bisher fremden Gegenstandes gerichtet sind. Deshalb muß derjenige, der eine fremde Sache verkauft hat, Ersatz für das commodum in demselben Umfang leisten, wie wenn die verkaufte Sache ihm gehört hätte.

Wenn ein vom Schuldner bereits gemachter Erwerb nachher verloren geht, so muß er Ersatz leisten, wenn der Grund des Verlustes in einer von ihm zu prästirenden culpa liegt. Von dem Nebengegenstand der Obligation gilt in dieser Beziehung dasselbe, wie von dem Hauptgegenstande [20]).

2) Der Schuldner muß das commodum herausgeben, welches durch die Sache gewährt wird, und dem Eigenthümer gewissermaßen von selbst zugefallen wäre, wenn er sich in der vollen Ausübung des

---

ganz allgemein: „in his autem, quae cum re empta praestari solent, non solum dolum, sed et culpam praestandam arbitror: — — —.“ Die Anwendung, die von diesem Satze in den ferneren Worten der Stelle gemacht wird, bezieht sich auf einen Fall, wo der Verkäufer sich ausdrücklich zu einer Nebenleistung verpflichtet hat. Daß man aber den Grundsatz nicht auf derartige Fälle beschränken kann, geht aus den Worten: quae cum re empta praestari solent“, klar hervor. Diese Worte würden höchst unpassend gewählt sein, wenn der Jurist nur an die ausdrücklich bedungenen Accessionen gedacht hätte.

19) Demgemäß konnte derjenige, der einen Sclaven geliehen hatte, nicht dafür verantwortlich gemacht werden, daß er eine dem Sclaven hinterlassene Erbschaft nicht erworben hatte; denn er konnte den zur Antretung der Erbschaft nöthigen jussus dem Sclaven nicht ertheilen.

20) Dies gilt auch in anderer Beziehung. Wenn nämlich an die Stelle des nach den Grundsätzen dieses Paragraphen zu leistenden commodum ein anderer Gegenstand tritt, z. B. wenn der Schuldner die percipirten Früchte verkauft, so entscheidet sich die Frage, ob der Gläubiger ein Recht hat, statt des eigentlichen Nebengegenstandes das commodum, also in dem gedachten Beispiel statt der Früchte den dafür erlangten Kaufpreis zu verlangen, ganz nach denselben Regeln, die für das an die Stelle des Hauptgegenstandes tretende commodum gelten. S. darüber unten das Nähere.

Eigenthums befunden hätte. Darauf allein kommt es an. Ob der Gläubiger persönlich fähig gewesen wäre, das commodum zu erwerben, ist einerlei.

Dies ist besonders bedeutsam bei den Obligationen auf Restitution; es wird hier ausdrücklich anerkannt, daß der Schuldner auch dann die Früchte herausgeben muß, wenn der Gläubiger, der ihm die Sache unter der Verpflichtung zur Restitution hingab, die Früchte wegen mangelnden Eigenthums und fehlender bona fides nicht hätte erwerben können [21].

Der Grund liegt darin. Der Schuldner selbst kann jedenfalls auf diesen Gewinn keinen Anspruch erheben; er ist aber nicht befugt, falls etwa ein Anderer einen Anspruch darauf erheben könnte, dessen Rechte dem Gläubiger gegenüber wahrzunehmen.

Wo das Interesse zu leisten ist, wie im Fall der Mora, ist in dieser Beziehung die Verpflichtung des Schuldners eine beschränktere, weil da nur dasjenige in Betracht kommt, was der Gläubiger selbst hätte erwerben können, wenn ihm die Sache zur rechten Zeit geleistet wäre. Wir finden aber die eben gedachte Ausdehnung auch sonst in verschiedenen Fällen anerkannt, wo ein geringerer Ersatz, als das Interesse zu leisten ist, und zwar ein Ersatz, bei welchem es maßgebend ist, daß der Schuldner dadurch keinen positiven Schaden erleiden soll.

3) Der Gläubiger muß dem Schuldner jeden Aufwand ersetzen, den derselbe hat machen müssen, um das commodum zu erwerben, wie namentlich die Kosten, welche aufgewendet sind zur Perception der Früchte, ebenso in dem Fall, wo der Miteigenthümer zugleich den ihm adjudicirten Theil des anderen Miteigenthümers zu leisten hat, dasjenige, wozu der Schuldner dem Anderen condemnirt ist u. s. w. Der Gläubiger kann sich dadurch, daß er etwa auf das commodum verzichtet, nicht von dieser Verpflichtung befreien [22]. Ebenso müssen wir annehmen, daß der Gläubiger diesen Aufwand, den der Schuldner im Interesse des Gläubigers zu machen verpflichtet war, ersetzen muß, wenn auch nachher in Folge von Umständen, die dem Schuld-

---

21) L. 22. §. 2. D. de pign. act. (13. 7).

22) Sehr bestimmt wird dies hervorgehoben in L. 7. §. 13. D. communi div. (10. 3). S. auch L. 78. §. 4. D. de jure dot. (23. 3). — In den meisten Stellen wird nur gesagt, daß der Gläubiger dem Schuldner die Impensen zu erstatten habe, so z. B. in L. 10. §. 9. D. mandati (17. 1).

ner nicht zur Last fallen, das erworbene commodum wieder verloren gegangen ist.

In dem Bisherigen ist der Umfang angegeben, in welchem der Schuldner in den Fällen, in welchen überhaupt ein Anspruch des Gläubigers auf das commodum ohne Litiscontestation oder Mora angenommen wird, das commodum zu leisten hat. Es kommen jedoch Fälle vor, in welchen der Schuldner, auch abgesehen von der Mora oder Litiscontestation, mit deren Wirkungen wir es hier überhaupt nicht zu thun haben, das commodum in einem weiteren Umfange zu leisten hat. Es sind hier zwei Classen von Fällen hervorzuheben.

Zunächst giebt es einige Obligationen, bei welchen der Schuldner das ganze commodum, welches er mittelst der geschuldeten Sache erworben hat, insoweit er noch dadurch bereichert ist, herausgeben muß; selbst dann, wenn der Erwerb durch eine Thätigkeit herbeigeführt ist, welche nicht in der bloßen Annahme eines durch die Sache dargebotenen Erwerbs besteht. Es sind dies die Obligationen, welche auf Herausgabe der Bereicherung gerichtet sind, wie z. B. die condictio indebiti. Derjenige, welcher mit der condictio indebiti verklagt wird, muß ohne Zweifel auch die gezogenen Pacht- und Miethgelder herausgeben, insoweit er noch dadurch bereichert ist.

Bei diesen Obligationen ist der Schuldner auf der einen Seite, wie wir eben gesehen haben, ungünstiger gestellt; auf der anderen Seite ist er aber wieder weit günstiger gestellt, indem er nur die in seinem Vermögen noch vorhandene Bereicherung zu leisten hat, also auch in Beziehung auf den ursprünglichen Gegenstand der Schuld befreit ist, wenn er nicht mehr bereichert ist, sollte auch eine wahre Unmöglichkeit der Leistung nicht vorliegen. Beides steht mit einander in dem nächsten Zusammenhange. Da der Schuldner gegen jeden Schaden geschützt ist, so soll er auch keinen Vortheil aus dem geschuldeten Gegenstande ziehen [23].

---

23) Ihering a. a. O. S. 76 ff. — Zugleich bemerke ich hier, daß ich die Rechtsmittel, welche auf Wiederherstellung eines, durch Vollziehung eines Rechtsgeschäfts veränderten früheren Zustandes gerichtet sind, wie die resti-

Bei der **zweiten** Classe von Fällen handelt es sich nicht sowohl um eine bestimmte Art von Obligationen, als vielmehr um einen besonderen Gesichtspunkt, der an sich bei den verschiedensten Obligationen vorkommen, und der für den Gläubiger einen Anspruch auch auf ein solches commodum begründen kann, auf welches er nach der oben aufgestellten Regel keinen Anspruch hat. Es ist dies der Gesichtspunkt der negotiorum gestio.

Wo die Thätigkeit des Schuldners, durch welche das commodum erworben ist, als eine negotiorum gestio für den Gläubiger aufgefaßt werden kann, da kann der Gläubiger das durch diese Thätigkeit erlangte commodum in Anspruch nehmen.

Der Gesichtspunkt der negotiorum gestio macht sich besonders geltend bei den Obligationen, die geradezu auf eine Geschäftsführung gerichtet sind, oder bei denen doch der Schuldner zugleich zu einer Verwaltung im Interesse des Gläubigers verpflichtet ist, wie das Letztere angenommen wird in Ansehung des Pfandgläubigers und des Verkäufers einer Erbschaft. Wenn ein Mandatar, ein negotiorum gestor, ein Vormund, ein Pfand-

---

tutio in integrum, die Contractsklage auf Rescission wegen dolus des Mitcontrahenten und besonders die actio redhibitoria absichtlich im Text nicht berücksichtigt habe. Allerdings hat in diesen Fällen derjenige, der in Folge des Geschäfts eine Sache erhalten hat, neben dieser Sache auch den Gewinn, den dieselbe gebracht hat, herauszugeben, und zwar oft in einem weiteren Umfang, als die oben (S. 54) aufgestellte Regel ergiebt. Aber der Gesichtspunkt ist hier ein ganz anderer; man kann in diesen Fällen den gedachten Gewinn überhaupt nicht wohl als ein zum eigentlichen Gegenstande der obligatorischen Leistung hinzutretendes commodum auffassen. Wenn wegen dolus auf Rescission des Contracts geklagt wird, so geht der Anspruch des Klägers geradezu auf das Interesse, welches er daran hat, daß er nicht zur Abschließung des Contracts verleitet wäre. Wenn ferner Restitution ertheilt wird, so ist die Absicht die, die Sache für beide Theile, soweit dies ohne Verletzung der Billigkeit thunlich ist, in die Lage zu bringen, als wenn das Geschäft nie abgeschlossen wäre; — und ebenso verhält es sich bei der actio redhibitoria. Von diesem Gesichtspunkt aus erklärt es sich, daß der Käufer, welcher die actio redhibitoria anstellt, jede Bereicherung, die er in Folge des Rechtsgeschäfts erlangt hat, herauszugeben hat. L. 23. §. 9. D. de Aed. Ed. (21. 1). Er darf um so weniger einen Gewinn zurückbehalten, als er es ist, der die Aufhebung des Geschäfts veranlaßt. — S. auch **meine** Beiträge, Abth. II. S. 36. — Es ist demnach unrichtig, wenn **Ihering** an manchen Orten die L. 23. §. 9. D. cit. benutzt, um daraus Regeln über das commodum abzuleiten.

gläubiger oder der Verkäufer einer Erbschaft Handlungen vornehmen, um ein commodum durch die geschuldete Sache zu erwerben, so gelten sie im Allgemeinen in dieser Beziehung als negotiorum gestores des Gläubigers [24]). Aber auch bei anderen Obligationen haben die Römer sich nicht darauf beschränkt, den Gesichtspunkt der negotiorum gestio blos dann anzunehmen, wenn der animus negotia gerendi bestimmt nachgewiesen werden kann; sie nehmen vielmehr auch dann eine negotiorum gestio an, wenn die Handlung nach Begründung des obligatorischen Verhältnisses [25]) vorgenommen ist, und nicht ganz außerhalb des Kreises der gewöhnlichen Verwaltungshandlungen liegt [26]).

---

§. 6.

Anhang: über den Anspruch des Universalfideicommissars und des Erbschaftskäufers auf die dem Erben accrescirende Erbportion.

In den vorhergehenden Paragraphen sind die Grundsätze, welche in Ansehung des accessorischen commodum gelten, angegeben. Ich könnte mich jetzt zu der zweiten Art des commodum, dem stellvertretenden commodum wenden, wenn ich nicht nachträglich noch auf die Frage eingehen müßte:

> ob der Erbe, welcher in Folge einer fideicommissarischen Auflage oder in Folge eines von ihm vorgenommenen Verkaufs seinen Erbtheil herauszugeben hat, auch verpflichtet ist, die ihm accrescirende Portion herauszugeben.

---

24) Ich kann mich hier auf Ihering S. 54 ff., S. 74 ff. beziehen. Für die von Ihering aufgestellte Ansicht sprechen vorzugsweise die L. 10. §. 3. D. mandati (17. 1), L. 12. §. 1. D. de distr. pign. (20. 5) und L. 21. D. de hered. vend. (18. 4).

25) Ist die Handlung vorher vorgenommen, so ist dieser Gesichtspunkt ausgeschlossen, z. B. wenn der Verkäufer die Sache vor der Abschließung des Kaufcontracts vermiethet hatte.

26) S. besonders Ihering a. a. O. S. 44 ff.

Meiner Ueberzeugung nach läßt diese Frage sich allerdings nicht nach den über das commodum geltenden Grundsätzen beantworten, und dies ist auch der Grund, weshalb ich dieselbe in dem vorigen Paragraphen nicht berührt habe. Von Manchen wird aber ein Anderes angenommen, und eben deshalb glaube ich, diese Frage nicht völlig übergehen zu dürfen.

Daß die accrescirende Portion nicht direct dem Fideicommissar oder Käufer zufällt, bedarf keiner weiteren Ausführung; es wird jetzt allgemein anerkannt, daß der Fiduciar oder Verkäufer es ist, dem die Portion accrescirt. Darum könnte aber doch der Erbe verpflichtet sein, den ihm accrescirenden Erbtheil herauszugeben, und in der That wird dies von Vielen behauptet.

So hat namentlich auch Ihering sich auf das Bestimmteste für die Bejahung der Frage ausgesprochen. Er beruft sich theils darauf, daß der accrescirende Erbtheil dem Schuldner ohne sein Zuthun erworben wird, theils auf die Analogie der Entscheidung, welche wir in L. 7. §. 13. D. comm. div. (10. 3) und L. 13. §. 17. D. de act. empti (19. 1) finden [1]). Andere bejahen die Frage deshalb, weil die accrescirende Portion ein integrirender Theil derjenigen sei, auf welche das Fideicommiß, beziehungsweise der Verkauf sich seinem ursprünglichen Inhalte nach beziehe.

Meiner Meinung nach müssen bei der Erörterung der aufgeworfenen Frage der Fall des Fideicommisses und der Fall des Verkaufs von einander getrennt werden, indem für diese beiden Fälle verschiedene Erwägungen Platz greifen, wenn auch die Entscheidung selbst im Wesentlichen auf dasselbe hinauskommt.

Was zunächst den Fall betrifft, wo der Erbe in Folge einer fideicommissarischen Auflage verpflichtet ist, seinen Erbtheil zu restituiren, so finden wir darüber keine directe Entscheidung in den Quellen [2]). Es kommt daher, wie dies gegenwärtig auch von den Meisten anerkannt wird, auf die allgemeinen Gründe an.

---

1) Ihering, Abhandlungen S. 9—14.

2) Man hat sich wohl auf L. 83. D. de acq. hered. (29. 2) und auf L. 43. D. ad S. C. Trebell. (36. 1) berufen. In der That enthalten aber diese Stellen keine Entscheidung unseres Falles. S. Marezoll, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß VI. S. 341 ff. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Commentar, XLIII. S. 354 ff. — Ebenso sind aber auch die Stellen, auf welche Marezoll (a. a. O. S. 360 ff.) sich beruft, durchaus nicht beweisend. Die Stellen beziehen sich überhaupt nicht auf unsere Frage;

Wenn nun die accrescirende Portion wirklich als ein integrirender Theil der ursprünglichen Portion anzusehen wäre, wie das von Vielen behauptet wird, so würde es allerdings keinem Zweifel unterliegen, daß der Fideicommissar auch den accrescirenden Theil in Anspruch nehmen könnte. Die eben erwähnte Auffassung ist aber an sich im höchsten Grade unnatürlich. Denn es liegt doch klar am Tage, daß, um ein Beispiel zu gebrauchen, das eine Viertel der Erbschaft nicht ein Theil des anderen Viertels, sondern daß beide Viertel gleichmäßig Theile der Erbschaft sind. — Wenn man trotzdem die Behauptung aufstellt, daß die accrescirende Portion ein Theil der ursprünglichen sei, so bedarf dies einer besonderen Begründung. Die Anhänger der gedachten Ansicht haben es daran auch nicht fehlen lassen. Sie gehen davon aus, daß das Accrescenzrecht seinen wahren civilistischen Grund in dem Dogma hat, daß jeder einzelne berufene Erbe durch die Delation der Erbschaft einen Anspruch auf das Ganze erhält, der nur durch den gleichen Anspruch des Mitberufenen beschränkt wird, und also bei dem Wegfallen desselben in volle Kraft tritt. Wenn also der Testator sagt: ich setze A. zum Erben auf die Hälfte ein, so setzt er ihn dieser Ansicht zufolge eigentlich auf das Ganze ein, und wenn nun der Erblasser einem seiner Erben befiehlt, seinen Erbtheil als Fideicommiß herauszugeben, so heißt dies eigentlich: er solle die ganze Erbschaft herausgeben, zu der dann allerdings auch der accrescirende Theil mit gehört [3]).

---

ja es liegt nicht einmal vor, daß sie sich auf Fälle beziehen, wo einem heres pro parte aufgegeben ist, seinen Erbtheil als Fideicommiß zu restituiren. Im Gegentheil scheinen sie sich auf Fälle zu beziehen, wo ein heres ex asse aufgefordert ist, die ganze hereditas zu restituiren, also auf Fälle, wo von einer accrescirenden Portion gar nicht die Rede sein kann.

3) S. bes. v. Vangerow, Pandekten §. 494. Anm. Nr. 5, womit der Anfang der citirten Anm. und die Anm. zum §. 420. (Bd. II. S. 76 ff.) zu vergleichen ist; ferner Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Commentars Bd. XLIII. S. 351 ff. — Dieselbe Begründung finden wir auch bei Marezoll a. a. O. S. 364. — Sehr consequent scheinen mir aber Mühlenbruch und Marezoll den von ihnen aufgestellten Grundsatz nicht durchgeführt zu haben. Wenn der Testator einen Erben auf die Hälfte eingesetzt, und demselben aufgegeben hat, die Hälfte der Portion, welche er ihm gegeben hat, an einen Anderen als Fideicommiß zu restituiren, so soll nach der Ansicht der erwähnten Schriftsteller mit Rücksicht auf den muthmaßlichen Willen des Testators dem Fideicommissar kein Anspruch auf die Hälfte der accrescirenden Portion zustehen. S. Marezoll a. a. O. S. 357,

Obgleich diese Ansicht von bedeutenden Civilisten vertreten ist, so glaube ich derselben doch nicht zu nahe zu treten, wenn ich dieselbe als in hohem Grade künstlich und unnatürlich bezeichne. Nur dann würden wir sie annehmen können, wenn sie uns in den Quellen ausdrücklich bezeugt wäre, oder wenn die Vorschriften des römischen Rechts über das Accrescenzrecht sich durchaus nicht anders erklären ließen. Dies ist aber nicht der Fall.

Es würde mich viel zu weit führen, wenn ich hier auf die Lehre vom Accrescenzrecht eingehen wollte; ich muß mich damit begnügen, die, auch von Anderen schon aufgestellte Ansicht anzuführen, die meiner Meinung nach allein aus den Quellen begründet werden kann. Hiernach nun beruht das Accrescenzrecht bei der Intestaterbfolge allein darauf, daß der Erblasser nicht blos theilweise beerbt werden kann; bei der testamentarischen Erbfolge beruht es auf dem Satze: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Ueber die Begründung des letzten Satzes ist allerdings viel Streit geführt, und ich verkenne nicht, daß ein erheblicher Scharfsinn aufgewendet ist, diese Regel tiefer zu begründen. Meiner Ueberzeugung nach haben aber alle diese Versuche auf das Glänzendste gezeigt, daß die Regel einer tieferen Begründung nicht fähig ist. Nach demjenigen, was uns vorliegt, muß ich der Ansicht beitreten, daß die Regel an sich eine willkürliche ist, und daß dieselbe entweder auf einer Buchstabeninterpretation der 12 Tafeln oder doch auf einer durchaus formalistischen Auffassung beruht[4]). Alle Sätze, welche das römische Recht über das Accrescenzrecht aufstellt, erklären sich, wenn man der eben erwähnten Ansicht folgt, eben so gut, wie bei der Annahme, von welcher die Gegner ausgehen.

Mühlenbruch a. a. O. S. 360. Wenn aber die accrescirende Portion wirklich ein integrirender Theil der ursprünglichen Portion wäre, so müßte auch die Hälfte der ursprünglichen Portion die Hälfte der accrescirenden Portion mit umfassen; und wenn man überhaupt von der zur Frage stehenden Auffassung ausgeht, so ist nicht einzusehen, wie es einen Unterschied machen kann, ob der Testator ganz allgemein dem Erben die Herausgabe seines Erbtheils, oder ob er ihm die Herausgabe des Erbtheils, welchen er ihm gegeben hat, aufgiebt, und ebenso ob er dem Erben schlechthin die Herausgabe der Hälfte seines Erbtheils oder die Herausgabe der Hälfte des Erbtheils, welchen er ihm gegeben hat, aufgiebt.

4) Dafür spricht meiner Meinung nach auch die bekannte L. 7. D. de R. J. (50. 17), hinter deren Motivirung man gewiß keine tiefen Gedanken über die Natur der Delation u. s. w. suchen darf.

Aus dem Grunde, daß die accrescirende Portion ein Theil der ursprünglichen Portion ist, kann man ein Recht des Fideicommissars auf die accrescirende Portion nicht herleiten, weil ein solches Theilverhältniß in Wirklichkeit nicht existirt. Aber eben so wenig kann ein Anspruch des Fideicommissars daraus hergeleitet werden, daß die accrescirende Portion ein zu der ursprünglichen hinzutretendes commodum sei. Die Analogie der von Ihering angezogenen Entscheidung in L. 13. §. 17. D. de act. empti und L. 7. §. 13. D. comm. div. paßt hier durchaus nicht, da, wie wir oben (S. 36 ff.) gesehen haben, bei den Fideicommissen und auch beim Universalfideicommiß ganz andere Grundsätze in Ansehung des commodum gelten, als beim Kaufcontract. Der Fiduciar ist im Allgemeinen nicht verpflichtet, das accessorische commodum, sofern es nicht in den geschuldeten Gegenstand ganz aufgeht, herauszugeben; und eben deshalb läßt sich aus den Grundsätzen über das commodum eine Verpflichtung des Fiduciars zur Herausgabe der accrescirenden Portion nicht herleiten [5]).

Der Fiduciar hat also die accrescirende Portion nur dann herauszugeben, wenn ein darauf gerichteter Wille des Erblassers ersichtlich ist, wenn also die fideicommissarische Auflage schon ihrem ursprünglichen Inhalte nach eventuell auch auf diesen Theil gerichtet ist, sei dies nun mit ausdrücklichen Worten oder stillschweigend. Das Letztere wird aber, wie ich Marezoll zugeben muß, sehr oft der Fall sein. So namentlich bei der Intestaterbfolge. Wenn der Erblasser einem Intestaterben aufgiebt, seinen ganzen Intestaterbtheil an einen Anderen herauszugeben, so wird im Zweifel seine Absicht nicht blos auf den Theil gerichtet sein, der diesem Intestaterben deferirt würde, wenn der Erblasser jetzt sogleich stürbe, sondern auf die ganze Portion, die er demnächst bekommt. Ebenso wird, wenn der Erblasser dem Intestaterben aufgiebt, die Hälfte seiner Portion an einen Anderen herauszu-

5) Donellus, comment. jur. civ. VII. cap. 26 ist der Meinung, daß der Fiduciar zwar nicht das commodum der einzelnen Erbschaftssachen, wohl aber das commodum der Erbschaft als solcher herauszugeben habe, und deshalb auch die accrescirende Portion herausgeben müsse. Zur Begründung dieser Behauptung beruft er sich aber allein auf L. 43. D. ad S. C. Treb. (36. 1), eine Stelle, die auch nicht das Mindeste dafür beweist, indem sie von einem Fall handelt, wo der Fiduciar zur Antretung gezwungen ist, also von einem Fall, für welchen besondere Grundsätze gelten.

geben, die Absicht des Erblassers in der Regel dahin gehen, daß beide demnächst gleich viel bekommen sollen. Bei der testamentarischen Erbfolge wird eine derartige Absicht des Erblassers nicht so oft ersichtlich sein. Wie dem aber auch sei, jedenfalls muß man daran festhalten, daß der Fideicommissar die accrescirende Portion niemals als ein bloßes commodum in Anspruch nehmen kann, und daß es überhaupt eine quaestio facti ist, ob im einzelnen Fall ihm ein Recht auf Herausgabe der accrescirenden Portion eingeräumt werden kann.

Ich wende mich jetzt zu dem zweiten Fall, dem Fall des Verkaufs.

Der heres ex parte ist natürlich nicht daran gebunden, blos seinen Erbtheil zu verkaufen; er kann auch die ganze Erbschaft verkaufen. Ein solcher Kaufcontract ist an sich durchaus gültig; und wenn in dieser Weise der Contract abgeschlossen ist, so versteht es sich von selbst, daß der Verkäufer auch die ihm accrescirenden Theile herausgeben muß; ja er ist selbst dann, wenn ihm die übrigen Theile der Erbschaft nicht accresciren, zur Leistung derselben verbunden, ebenso wie derjenige, der eine fremde Sache verkauft hat, zur Leistung derselben verpflichtet ist. Von diesem Fall kann aber hier natürlich nicht die Rede sein, sondern nur von dem Fall, wenn der Verkäufer sich darauf beschränkt hat, den ihm zukommenden Erbtheil zu verkaufen [6]).

In dem letzteren Fall kann der Kaufcontract ganz allgemein auf den Erbtheil des Verkäufers lauten, ohne nähere Angabe der Größe desselben, oder es kann die Größe des Erbtheils ausdrücklich im Contract angegeben sein. Nach der Ansicht, die ich für die richtige halte, und die dahin geht, daß dem Käufer nicht ohne Weiteres ein Anspruch auf die accrescirende Erbportion eingeräumt ist, kann, wie wir unten sehen werden, im Allgemeinen auf den eben erwähnten Unter-

---

6) v. Vangerow und andere Vertheidiger der Ansicht, daß der Verkäufer die accrescirende Portion mit herausgeben müsse, scheinen sich dies nicht ganz klar gemacht zu haben. S. v. Vangerow, Pandekten §. 494. Anm. Nr. 6, wo immer ohne Weiteres die Herausgabe der hereditas, deren integrirender Theil die accrescirende Portion sei, als Gegenstand des Geschäfts bezeichnet wird.

schied nichts ankommen. Dasselbe müssen aber auch die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht annehmen, vorausgesetzt, daß sie nicht einer Inconsequenz sich schuldig machen wollen. Denn ist die accrescirende Portion wirklich ein integrirender Theil oder ein commodum der ursprünglichen Portion, so ist sie es doch offenbar auch dann, wenn die Größe der Portion angegeben ist. Und ferner sehe ich auch nicht ein, wie man, wenn man von der eben erwähnten Ansicht ausgeht, in der näheren Bezeichnung der Quote eine besondere Vereinbarung darüber, daß der accrescirende Theil nicht dem Käufer zu Gute kommen soll, finden kann. Man müßte sonst annehmen, daß beim Verkauf eines Grundstücks, dessen Gränzen im Contracte genau bezeichnet sind, das später angeschwemmte Land und die im Gränzfluß entstandene Insel nicht an den Käufer herauszugeben seien, und daß der Miteigenthümer, welcher den ausdrücklichen Worten des Contracts zufolge seine Hälfte verkauft hat, den Theil des anderen Miteigenthümers, den er durch adjudicatio später erworben hat, nie herauszugeben habe.

Es fragt sich nun, ob der Verkäufer, der den ihm zustehenden Erbtheil verkauft hat, verpflichtet ist, den später[7]) ihm accrescirenden Erbtheil an den Käufer herauszugeben.

Wenn nun das Erbrecht des Verkäufers den Gegenstand des Kaufcontracts bildete, so würde allerdings der accrescirende Theil als commodum dem Käufer zufallen; dies würde anzunehmen sein, obgleich man die accrescirende Portion nicht als einen integrirenden

---

7) Der Fall, wenn der Erbtheil vor Abschließung des Contracts dem Erben accrescirt ist, kommt für uns gar nicht in Betracht. Es versteht sich ganz von selbst, daß es in diesem Fall nur quaestio facti ist, ob der Verkauf blos auf den ursprünglichen Erbtheil oder auch auf den accrescirten Erbtheil zu beziehen ist. Denn natürlich kann der Verkäufer so gut, wie er bloß die Hälfte seines Erbtheils verkaufen kann, so auch den ursprünglichen Erbtheil ohne den accrescirten verkaufen. Hatten die Contrahenten Kunde von dem Accrescenzfall, und es ist ohne nähere Bezeichnung vom Verkäufer sein Erbtheil verkauft, so wird im Zweifel anzunehmen sein, daß der accrescirte Theil mitverkauft sei; wußten sie nichts davon, dann ist das Gegentheil anzunehmen. — Diejenigen, welche die accrescirende Portion als integrirenden Theil der ursprünglichen Portion ansehen, müssen es consequenterweise für unmöglich halten, daß der Erbe seinen ursprünglichen Erbtheil ohne den ihm accrescirten Erbtheil verkaufe, sowie es unmöglich ist, ein Haus in der Weise zu verkaufen, daß ein Theil der darin verbauten Steine nicht mit verkauft sein soll.

Theil der ursprünglichen Erbportion ansehen kann. In der That ist aber der Gegenstand des Kaufcontracts nicht das Erbrecht, sondern nur dasjenige, was an einzelnen Sachen u. s. w. zu dem Erbtheil des Verkäufers gehört; und zwar wird, um den unmittelbaren Gegenstand des Contracts festzustellen, derjenige Zustand zu Grunde gelegt, in welchem die Erbschaft ohne dolus des Verkäufers zur Zeit der Abschließung des Contracts sich befindet [8]). Das commodum, welches nun von dem Zeitpunkt der Abschließung des Contracts an zu dem so festgestellten Gegenstande hinzutritt, an Früchten u. s. w., muß der Verkäufer nach den Regeln, die über das commodum beim Kaufcontract gelten, leisten [9]). Dazu kann man aber offenbar die accrescirende Portion nicht rechnen.

Dies geht aufs Klarste daraus hervor, daß selbst dann, wenn der Accrescenzfall eintritt, nachdem der Verkäufer Alles geleistet hat, wozu er nach dem unmittelbaren Inhalt des Contracts verpflichtet war, der vacant gewordene Erbtheil nicht dem Käufer accrescirt, sondern dem Verkäufer als Erben. Eben daraus ergiebt es sich auch, daß die Analogie der Entscheidung in L. 7. §. 13. D. comm. div. (10. 3) und L. 13. §. 17. D. de act. empti (19. 1) hier ganz unzutreffend ist [10]).

Der Käufer kann also den accrescirenden Theil als ein commodum des ihm verkauften Erbtheils nie verlangen; er kann ihn nur dann verlangen, wenn der Kaufcontract seinem unmittelbaren Inhalte nach schon auf den accrescirenden Erbtheil, wenigstens eventuell mit gerichtet war; wie z. B. dann, wenn der Verkäufer ihm Alles verkauft hat, was er aus der Erbschaft erhalten würde. Dies kann aber, wenn der Verkäufer schlechthin nur seinen Ertheil verkauft hat, ohne daß etwas weiter hinzugefügt ist, nicht leicht angenommen werden. In der Regel werden beide Theile, Verkäufer und Käufer hier

---

8) Dies ist der Inhalt der L. 2. §. 1. D. de hered. vend. (18. 4), die demnach für unsere Frage nicht benutzt werden kann.

9) Darauf, sowie auf das, was der Erbe von den Erbschaftsschuldnern eincassirt hat, bezieht sich L. 2. §. 4. D. de hered. vend. (18. 4); auf den accrescirenden Erbtheil kann diese Stelle schon deshalb nicht bezogen werden, da hier ein Fall zu Grunde liegt, wo der Verkäufer Universalerbe ist.

10) In dem Fall der oben citirten Stellen hätte nämlich, wenn der Contract schon erfüllt gewesen wäre, der Theilungsproceß gegen den Käufer geführt werden müssen, und dann wäre ihm unmittelbar, nicht erst durch Vermittelung des Verkäufers, der andere Theil durch die Adjudication zugefallen.

nur die gegenwärtig schon von dem Verkäufer erworbene Erbschaftsquote vor Augen gehabt, und mit Beziehung darauf den Preis festgestellt haben.

Hiermit steht auch die L. 2. pr. D. de hered. vend. (18. 4) nicht in Widerspruch.

Ulpian sagt allerdings in dieser Stelle: beim Erbschaftskauf sei die Meinung der Contrahenten darauf gerichtet: „ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset.“ Da Ulpian aber hier den Fall vor Augen hat, wo Jemand die ganze Erbschaft verkauft, so ist es klar, daß damit nichts weiter gesagt werden soll, als daß der Verkäufer alle Vortheile der Erbschaft dem Käufer zuweisen, der Käufer alle Lasten der Erbschaft dem Verkäufer abnehmen soll. Es folgt daraus für den Fall, wo nur ein Erbtheil verkauft ist, nichts weiter, als daß dem Käufer alle Vortheile, welche dieser specielle Erbtheil enthält, zukommen sollen, und daß er alle Nachtheile, welche derselbe mit sich bringt, tragen soll.

Zweiter Abschnitt.

Stellvertretendes commodum.

---

§. 7.

Allgemeine Bemerkungen.

In dem vorhergehenden Abschnitt ist untersucht, inwiefern die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, in Ansehung des accessorischen commodum gilt. Wie wir dort gesehen haben, hat die Regel für die Fälle, wo das commodum in den geschuldeten Gegenstand ganz aufgeht, gar keine Geltung; sie ist in Beziehung auf diese Fälle geradezu falsch. Ganz dasselbe läßt sich nun allerdings nicht behaupten für die Fälle, wo das commodum neben dem geschuldeten Gegenstande ein selbständiges Bestehen hat. Die Regel kann hier bei einem erheblichen Kreis von Obligationen als ein Anhaltspunkt für die Entscheidung benutzt werden, indem der Gläubiger bei diesen Obligationen im Allgemeinen nur dann einen Anspruch auf das gedachte accessorische commodum hat, wenn er zugleich nach den allgemeinen Rechtsregeln die Gefahr trägt. Auch hier muß man sich aber sehr hüten, daß man nicht den Werth der Regel überschätze. Denn einestheils liegt der Grund, weshalb der Gläubiger einen Anspruch auf das commodum hat, nicht in dem Tragen der Gefahr, sondern in anderen Umständen, und deshalb ist die Regel nicht immer zutreffend. Anderentheils giebt die Regel gar keinen Aufschluß über den Umfang, in welchem das commodum neben dem Hauptgegenstande der Obligation in Anspruch genommen werden kann. Die Regel ist also, insofern es sich um das accessorische commodum handelt, nur von einem sehr zweifelhaften Werth.

Ganz anders verhält sich die Sache in Ansehung des commodum, welches an die Stelle des geschuldeten Gegenstandes tritt.

Zwar wird auch hier die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, im römischen Recht nicht für alle Obligationen, insonderheit nicht für die Stipulation anerkannt. Dessenungeachtet müssen wir sagen, daß die Regel in Beziehung auf das stellvertretende commodum völlig begründet und zugleich ganz unentbehrlich ist. Die Regel hat jedoch in der Anwendung, in welcher wir sie jetzt kennen zu lernen haben, einen ganz anderen Sinn, als wie er in Beziehung auf das accessorische commodum ihr beigelegt werden konnte.

Um die Bedeutung der Regel uns klar zu machen, müssen wir davon ausgehen, daß von einem stellvertretenden commodum nur da gesprochen werden kann, wo eine Thatsache eingetreten ist, die auf der einen Seite den Schuldner an der Leistung des geschuldeten Gegenstandes hindert, auf der anderen Seite ein commodum herbeigeführt hat.

Insofern wir nun die Regel auf das stellvertretende commodum beziehen, kommt es nicht darauf an, wer im Allgemeinen die Gefahr in Ansehung von Unglücksfällen, die ohne Verschulden des Debitor eintreten, trägt; sondern es kommt darauf an, wer in dem bestimmten concreten Fall den Nachtheil des speciellen Ereignisses zu tragen hat, welches zugleich ein commodum herbeigeführt hat. Die Bedeutung der Regel ist also die: das commodum, welches in Folge einer Thatsache an die Stelle des geschuldeten Gegenstandes tritt, fällt demjenigen zu, den zugleich die nachtheiligen Folgen dieser Thatsache in dem speciellen einzelnen Fall treffen, der in Beziehung auf diese bestimmte concrete Thatsache die Gefahr trägt. Dabei kommt es im Allgemeinen nicht darauf an, aus welchem Grunde er die Gefahr trägt, ob er schon nach den allgemeinen Rechtsregeln oder nur in Folge einer bestimmten Nebenverabredung die Gefahr dieses bestimmten Ereignisses trägt.

Der Grund der Regel liegt offenbar darin: das commodum soll ein Ersatz für den Nachtheil sein. Derjenige, der den Nachtheil des Ereignisses zu tragen hat, soll eben deshalb auch den Vortheil desselben haben.

Nach der aufgestellten Regel fällt das commodum dem Schuldner zu, in allen den Fällen, in welchen der Schuldner durch das Ereigniß nicht von seiner Verpflichtung (ganz oder theilweise) befreit

wird, sondern dem Gläubiger zur Entschädigung verpflichtet ist; und es kommt hier nicht darauf an, ob seine Verpflichtung zur Entschädigung darin ihren Grund hat, daß er sich einer, nach den allgemeinen Regeln von ihm zu prästirenden culpa schuldig gemacht hat, oder darin, daß er durch einen Nebenvertrag die Haftung in einem weiteren Umfange übernommen hat [1]). Ebenso fällt dem Schuldner bei gegenseitigen Obligationen das commodum auch dann zu, wenn er durch das in Frage stehende Ereigniß zwar von seiner Verpflichtung befreit wird, zugleich aber das Recht auf die Gegenleistung verliert. Denn auch in diesem Fall heißt es: periculum debitoris est. — Dagegen hat der Gläubiger einen Anspruch auf das stellvertretende commodum, wenn der Schuldner durch das eingetretene Ereigniß (ganz oder theilweise) von seiner Verpflichtung befreit wird, und er (der Gläubiger), sofern die Obligation eine gegenseitige ist, doch die Gegenleistung prästiren muß. Auch hier kann es nicht darauf ankommen, ob der Grund, weshalb der Gläubiger die Gefahr des bestimmten Ereignisses trägt, in den allgemeinen gesetzlichen Regeln oder in einem besonderen Nebenvertrage liegt.

Aus den angeführten Bemerkungen ergiebt es sich, daß die hier zur Anwendung kommende Regel trotz ihres gleichen Wortlauts in Wirklichkeit eine ganz andere Regel ist, als diejenige, von welcher in den §§. 4 und 5 die Rede war. Beide führen zu völlig widersprechenden Resultaten, wenn wir sie auf dasselbe commodum beziehen wollen. Sie können nur neben einander bestehen, insofern wir sie auf ganz verschiedene Fälle beziehen [2]).

Dies ist von Ihering, der die verschiedenen Bedeutungen des Satzes: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, im Allgemeinen nicht verkennt, doch, wie mir scheint, nicht genug hervorgehoben. Man kann nicht, wie Ihering thut [3]), eine allgemeine Regel für alle Fälle des commodum aufstellen, und dann blos in Beziehung auf die hier zur Frage stehenden Fälle von einer beson-

---

1) S. z. B. §. 2. I. de bonis vi raptis (4. 2).

2) Dies folgt aus dem Angeführten von selbst. Ich will hier nur, um es noch anschaulicher zu machen, ein Beispiel anführen. Nach der einen Regel hat beim perfecten Kauf der Käufer immer den Anspruch auf das commodum; nach der anderen Regel hat er diesen Anspruch nur dann, wenn in dem concreten Fall der Verkäufer sich keiner culpa schuldig gemacht hat.

3) S. Ihering, Abhandlungen S. 40 ff.

deren Anwendung dieser allgemeinen Regel sprechen. Es sind völlig verschiedene Regeln, wenn sie auch durch dieselben Worte ausgedrückt werden.

Als Ereignisse, bei welchen die so eben aufgestellte Regel zur Anwendung kommt, werden in den Quellen angeführt: Delicte dritter Personen und Rechtsgeschäfte des Schuldners. Wir werden in den folgenden Paragraphen sehen, in welcher Weise die Regel hier zur Anwendung gebracht wird, und dabei werden wir denn zugleich zu untersuchen haben, ob die Regel für alle Obligationen oder nur für einen bestimmten Kreis von Obligationen gilt.

Ehe ich aber dazu übergehen kann, muß ich im Allgemeinen die Fälle bestimmen, wo allein von einem an die Stelle des geschuldeten Gegenstandes tretenden commodum und demnach auch allein von einer Anwendung der aufgestellten Regel die Rede sein kann.

Die Regel setzt, wie oben bereits bemerkt ist, voraus, daß die Thatsache, welche den Grund des commodum bildet, zugleich einen Nachtheil gebracht, den Schuldner an der Erfüllung der Obligation gehindert hat. Außerdem ist aber noch ferner nöthig:

1) Das commodum muß sich gründen auf eine der Begründung der Obligation nachfolgende Thatsache, und ebenso muß folgeweise der Grund, weshalb der Schuldner den geschuldeten Gegenstand nicht leisten kann, in die Zeit nach der Begründung des obligatorischen Verhältnisses fallen. — Wenn in Folge eines in eine frühere Zeit fallenden Grundes nicht geleistet werden kann, so leidet die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, keine Anwendung. In den Fällen, wo die Obligation in Folge eines solchen Grundes nichtig ist, versteht sich dies ganz von selbst. Wo gar keine Obligation entstanden ist, es also auch von vornherein an einem geschuldeten Gegenstande ganz fehlt, da kann natürlich auch von einem commodum, welches an die Stelle des eigentlichen Gegenstandes der Schuld trete, nicht die Rede sein [4]). Aber auch in den Fällen, wo

---

4) Wenn A. dem B. ein bestimmtes Pferd verspricht, welches zur Zeit des Vertrages bereits von dem C. getödtet war, so ist das Versprechen nichtig, und es versteht sich von selbst, daß B. auch nicht einmal die Cession der dem A.

die Obligation an sich gültig ist, kommt die Regel nicht zur Anwendung. Der Gläubiger kann vielmehr nur dann das commodum einer früheren Thatsache in Anspruch nehmen, wenn ihm unmittelbar durch den die Obligation begründenden Act (durch den Vertrag, das Testament) ein Recht darauf eingeräumt ist. Dieses wird auch in verschiedenen Entscheidungen der Quellen anerkannt.

So wird es ausdrücklich anerkannt, daß der Käufer eines Grundstücks, auf welchem vor der Abschließung des Contracts ein opus vi oder clam errichtet war, die Cession des interdictum quod vi aut clam nicht verlangen kann, und ebensowenig die Herausgabe der Entschädigungssumme, die der Verkäufer durch Anstellung des Interdicts erhalten hat, — sollte er auch das Interdict erst nach dem Verkauf der Sache angestellt haben. Es wird im Zweifel angenommen, daß das Grundstück wegen der stattgehabten Veränderung zu einem geringeren Preise verkauft ist; aber auch, wenn dies nicht der Fall sein sollte, gilt im Allgemeinen dasselbe [5]). Nur dann muß natürlich ein Anderes gelten, wenn der Verkäufer sich im Contract zugleich zur Abtretung des Interdicts verpflichtet hat.

Ebenso kann der Käufer, wenn die ihm verkaufte Sache bereits zur Zeit der Abschließung des Contracts dem Verkäufer gestohlen oder geraubt war, nicht die Cession der gegen den Dieb oder Räuber begründeten Delictsklagen verlangen. Denn er hat nicht die Klagen, sondern die Sache gekauft [6]). Dies muß auch dann gelten, wenn der Käufer keine Entschädigung wegen Nichtleistung der Sache verlangen kann, sei es, daß er zur Zeit der Abschließung des Contracts wußte, daß die Sache gestohlen oder geraubt sei, oder sei es, daß der Verkäufer sich in einem entschuldbaren Irrthume befand. Es kann sich hier nur fragen, ob nicht der Käufer bis zur Leistung der Sache

---

gegen C. zustehenden actio legis Aquiliae verlangen kann. Der Vertrag als solcher begründet überhaupt keine Klage. Die einzige Klage, welche B. in diesem Fall gegen A. haben kann, ist eine Entschädigungsklage ex delicto, wenn A. ihn doloser Weise über die Unmöglichkeit der Leistung getäuscht hat; diese Klage geht aber selbstverständlich nicht auf die Cession der actio legis Aquiliae, sondern auf Leistung des Interesse, welches A. daran hatte, daß von dem Vertrage gar nicht die Rede gewesen wäre.

5) S. L. 11. §. 8. D. quod vi (43. 24), eine Stelle, auf welche Ihering, Abhandlungen S. 35 ff. mit Recht aufmerksam gemacht hat.

6) L. 21. D. de hered. vend. (18. 4): „— — Quid si rem, quam vendidi, alio possidente, petii, et litis aestimationem accepi: utrum pretium illi

den Kaufpreis zurückbehalten oder gar ganz vom Vertrage zurücktreten kann [7]).

In ähnlicher Weise verhält es sich, wenn Jemand eine fremde Sache verkauft hat, die dem Käufer nachher evincirt wird. Der Käufer kann hier, wenn ihm nicht durch einen Nebenvertrag ein solches Recht ausdrücklich eingeräumt ist, niemals verlangen, daß der Verkäufer ihm die Klage cedire, welche er gegen seinen Auctor hat.

Freilich ist die Thatsache der Eviction nach Abschließung des Contracts eingetreten; das commodum (die Klage des Verkäufers gegen seinen Auctor) gründet sich aber auf eine frühere Thatsache, nämlich auf den Contract, den der Verkäufer mit seinem Auctor abgeschlossen hat; und ebenso liegt der Grund, weshalb der Verkäufer seine Verpflichtung nicht hat erfüllen können, darin, daß die verkaufte Sache schon zur Zeit der Abschließung des Contracts dem Verkäufer nicht gehörte. Die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, leidet deshalb hier keine Anwendung.

Der Käufer kann die Cession der Klage, die der Verkäufer gegen seinen Auctor hat, auch dann nicht verlangen, wenn ihm ausnahmsweise ein Anspruch auf Entschädigung wegen der Eviction nicht zusteht, wie z. B. wenn ein pactum de non praestanda evictione abgeschlossen ist. Demgemäß fällt es auch in der berühmten L. 11. §. 18. D. de act. empti (19. 1) dem Juristen gar nicht ein, die Frage zu erheben, ob der Käufer, der auf Evictionsleistung verzichtet hat, von dem Verkäufer Cession der Klagen verlangen könne; sondern es wird nur die Frage aufgeworfen, ob der Käufer den bezahlten Kaufpreis zurückverlangen könne. Ebenso wird in den Stellen, in welchen dem Käufer die actio empti abgesprochen wird, weil er gewußt hat, daß die von ihm gekaufte Sache eine fremde sei, nirgends demselben ein Anspruch auf die Cession der Klagen gegeben, sondern schlechthin gesagt, daß der Käufer die actio empti gar nicht habe,

---

debeo an rem? Utique rem: non enim actiones ei, sed rem praestare debeo. Et si vi dejectus, vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit. — — — — —." Daß diese Worte sich auf Fälle beziehen, wo die Detention dem Verkäufer bereits zur Zeit der Abschließung des Contracts entzogen war, ist von Ihering a. a. O. S. 32—40 nachgewiesen. S. auch meine Beiträge, Abth. I. S. 224.

7) S. meine Beiträge, Abth. I. S. 222 ff.

und nur dann gegen den Verkäufer klagen könne, wenn eine stipulatio de evictione abgeschlossen sei [8]).

2) Die Thatsache, in Folge deren das commodum erworben ist, muß zugleich eine wahre Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung herbeigeführt haben.

Auch hier müssen wir also diejenigen Obligationen von unserer Betrachtung ausschließen, bei welchen der Gegenstand der Leistung in der Weise festgesetzt ist, daß eine wahre Unmöglichkeit nicht eintreten kann. In der That kann man bei diesen Obligationen von einem an die Stelle des geschuldeten Gegenstandes tretenden commodum nicht wohl sprechen. Nehmen wir z. B. an, daß A. 100 Thlr. von B. geliehen hat, und daß die ihm hingegebenen 100 Thlr. von C. gestohlen sind, oder daß A. sich verpflichtet hat, dem B. irgend ein Pferd zu leisten, und daß ein dem

---

8) L. 27. C. de evict. (8. 45). L. 7. C. comm. utriusque (3. 38). — Die im Text aufgestellte Ansicht wird auch von Jhering, a. a. O. S. 62 ff. angenommen. Dagegen hat Mühlenbruch, Cession §. 37. III. 1. die Ansicht aufgestellt, daß der Käufer, dem die Sache evincirt wird, von dem Verkäufer die Abtretung der ihm auf Evictionsleistung zustehenden Klagen verlangen könne. Er beruft sich auf die L. 38. D. de evict. (21. 2), in welcher Ulpian bemerkt, daß der Pfandgläubiger, der die verpfändete Sache verkauft hat, im Fall der Eviction verpflichtet sei, dem Käufer die actio pigneratitia contraria zu cediren. — Es liegt hier offenbar ein Fall vor, wo der Pfandgläubiger keine Evictionsleistung versprochen hat; in diesem Fall ist aber der Pfandschuldner, sowie der Pfandgläubiger den Kaufpreis bekommen hat, liberirt, und auch die nachfolgende Eviction ändert hierin nichts, weil der Käufer sich dieserhalb nur an den Verpfänder halten kann. L. 9. pr. D. de distract. pign. (20. 5). L. 26. D. de solut. (46. 3). L. 59. §. 4. D. mandati (17. 1). L. 22. §. 4. D. de pign. act. (13. 7). Wie sich nun damit die Entscheidung der L. 38. D. cit., wonach dem Pfandgläubiger im Fall der Eviction, auch wenn er keine Evictionsleistung versprochen hat, eine actio pigneratitia contraria zuzustehen scheint, vereinigen läßt, ist schwer zu sagen. Jedenfalls lassen sich aus dieser Stelle keine Schlüsse ziehen. Als der eigentliche Verkäufer gilt der Verpfänder, gegen den der Käufer die actio empti auf Entschädigung hat; und es handelt sich hier durchaus nicht darum, daß der Pfandgläubiger eine ihm zustehende Klage cedire, sondern nur darum, dem Käufer außer der ihm bereits zustehenden actio empti noch eine andere Klage gegen den Verpfänder zu verschaffen. Dabei wird zugleich noch ausdrücklich hervorgehoben, daß der Pfandgläubiger durch die Cession der actio pigneratitia contraria gar keinen Schaden erleide; das Letztere ist denn freilich auch klar genug, da der Pfandgläubiger die actio pigneratitia contraria, die er dem Käufer abtreten soll, in der That gar nicht hat.

A. gehöriges Pferd von C. getödtet ist, so kann man nicht sagen, daß die Delictsklagen, welche A. in diesen Fällen gegen den C. hat, ein commodum seien, welches an die Stelle des geschuldeten Gegenstandes trete. Denn die bestimmten, von C. gestohlenen 100 Thlr. und das bestimmte, von C. getödtete Pferd bildeten ja nicht den Gegenstand der obligatorischen Leistung. Es versteht sich hier ganz von selbst, daß der Gläubiger die Cession der Delictsklagen nicht verlangen kann.

Man könnte dies allerdings daraus erklären wollen, daß in diesen Fällen der Schuldner die Gefahr trägt, und auf diese Weise der aufgestellten Regel eine Bedeutung auch für diejenigen Fälle beilegen, wo die Obligation nicht auf Leistung individuell bestimmter Gegenstände gerichtet ist. Der wahre Grund, weshalb der Gläubiger hier das commodum nicht verlangen kann, liegt aber darin, daß die fraglichen Ereignisse überhaupt keine Beziehung zu dem, dem Gläubiger geschuldeten Gegenstande haben [9]).

Die Thatsache, in Folge deren das commodum eingetreten ist, muß also eine Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt haben. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob diese Unmöglichkeit eine völlige oder theilweise ist, und ferner ob sie auf den hauptsächlichen Gegenstand oder nur auf einen Nebengegenstand sich bezieht. Auch dann kommt die Regel zur Anwendung, wenn der Schuldner Früchte veräußert hat, die er zufolge ausdrücklicher Verabredung oder in Gemäßheit der in den vorigen Paragraphen aufgestellten Regeln zu leisten verpflichtet ist. Ebenso kommt die Regel auch dann zur Anwendung, wenn der geschuldete Gegenstand trotz des eingetretenen Ereignisses zwar noch seinem ganzen äußeren Umfange nach geleistet werden kann, aber nur in einem deteriorirten Zustande. Der letzte Fall steht den

---

9) Nur bei den auf Herausgabe der Bereicherung gerichteten Obligationen können allerdings auch solche Thatsachen in Betracht kommen, die eine wahre Unmöglichkeit nicht begründen, indem hier auch solchen Umständen ein Einfluß auf die Verpflichtung des Schuldners eingeräumt wird. Der Grund, weshalb der Schuldner die durch solche Thatsachen eingetretene Bereicherung herauszugeben hat, liegt aber nicht sowohl in der Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, als vielmehr in der Art und Weise, wie von vornherein der Gegenstand der Leistung bestimmt ist. Dies Letztere beruht aber allerdings im Wesentlichen auf demselben Gedanken, welcher in der Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, sich ausgedrückt findet. Vergl. auch oben S. 65.

Fällen gleich, wo der Gegenstand nur theilweise geleistet werden kann.

Fassen wir nun das bisher Gesagte zusammen, so sind die Fälle, welche wir hier ins Auge zu fassen haben, die, wo ein Ereigniß auf der einen Seite eine nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt, auf der anderen Seite einen Gewinn gebracht hat. Diese Fälle gehören aber auch an sich alle in den Kreis unserer Betrachtung, und namentlich ist es hier nicht gerechtfertigt, diejenigen Fälle von vornherein auszuschließen, wo die nachfolgende Unmöglichkeit nach der Litiscontestation oder nach dem Beginn einer Mora des Schuldners eingetreten ist. An sich gilt die Regel auch für diese Fälle.

Wenn dennoch die Regel für die Fälle, wo der Schuldner einer Mora sich schuldig gemacht hat, keine erhebliche praktische Bedeutung hat, so hat dies in anderen Umständen seinen Grund. Da nämlich der Schuldner im Fall der Mora fast ohne Ausnahme die Gefahr in Ansehung der später eintretenden nachtheiligen Ereignisse trägt, so kann der Gläubiger hier nicht leicht in den Fall kommen, das stellvertretende commodum zu fordern; und wo doch ausnahmsweise der Schuldner nicht verantwortlich ist, da würde der Gläubiger in der Regel das commodum schon auf Grund des Satzes fordern können, daß ihm das ganze Interesse zu prästiren ist, welches er daran hatte, daß die Obligation zu rechter Zeit erfüllt wäre.

Für die Fälle, wo die nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung nach der Litiscontestation eintritt, hat die Regel eine mehr in die Augen tretende praktische Bedeutung; wie wir aber in den folgenden Paragraphen sehen werden, kommt die Regel für diese Fälle nicht in ihrer vollen Schärfe, sondern nur mit einer, nicht unwichtigen Modification zur Anwendung.

---

§. 8.

Stellvertretendes commodum, welches durch Delicte dritter Personen gewonnen wird.

Wenn durch das Delict eines Dritten dem Schuldner die Leistung des geschuldeten Gegenstandes unmöglich gemacht wird, so wird

dadurch zugleich ein commodum erworben, nämlich die Klage gegen den Dritten. Nach römischem Recht war die Frage, wem dieses commodum zustehe, von großer Bedeutung, weil durch das Delict nicht selten Klagen begründet wurden, welche auf mehr, als den Werth des Gegenstandes gingen. Heutzutage hat diese Frage eine weit geringere Bedeutung; dessenungeachtet ist es, wenn man die Lehre von dem stellvertretenden commodum in ihrem Zusammenhang auffassen will, durchaus erforderlich, die gedachte Frage einer näheren Erörterung zu unterziehen. Bei dieser Erörterung müssen wir aber die verschiedenen Arten der Obligationen von einander trennen.

Ich werde dabei folgende Ordnung beobachten:

A. Kaufcontract.

B. Obligationen auf Restitution:

1) der Gläubiger trägt die Gefahr;

2) der Schuldner trägt die Gefahr und zwar:

a) der Gläubiger ist fortwährend Eigenthümer der zu restituirenden Sache;

b) der Schuldner ist Eigenthümer der zu restituirenden Sache.

Zum Schluß werde ich dann noch diejenigen Obligationen ins Auge fassen, bei welchen dem Gläubiger ein Anspruch auf das accessorische commodum, soweit es nicht in den geschuldeten Gegenstand ganz aufgeht, versagt wird, und untersuchen, ob die für das stellvertretende commodum aufgestellte Regel, sofern dies commodum in Delictsklagen besteht, auch für diese Obligationen gilt.

Fassen wir nun zunächst den Kaufcontract in's Auge, so finden wir hier unsere Regel strenge durchgeführt.

Wenn dem Verkäufer durch das Delict eines Dritten die Leistung der Sache unmöglich gemacht wird, so stehen allerdings die Delictsklagen zunächst dem Verkäufer als Eigenthümer zu [1]. Der Käufer kann jedoch, wenn er die Gefahr des Ereignisses trägt, d. h. wenn er wegen des eingetretenen Ereignisses keine Entschädigung vom Ver-

---

1) L. 14. pr. L. 80. pr. D. de furtis (47. 2).

käufer verlangen kann, und doch zur Leistung des Kaufpreises verpflichtet ist, immer die Cession der Klagen von dem Verkäufer verlangen.

So kann er, wenn die Sache von einem Dritten entwendet ist, die Cession der vindicatio, der condictio furtiva und der actio furti [2]), wenn die Sache von einem Dritten gewaltsam weggenommen ist, die Cession der durch diese Wegnahme begründeten Klagen [3]), wenn sie von einem Dritten beschädigt oder vernichtet ist, die Cession der actio legis Aquiliae verlangen [4]). Ebenso wird dem Käufer ein Anspruch auf Cession des interdictum quod vi aut clam und der actio aquae pluviae arcendae eingeräumt [5]).

Zugleich wird anerkannt, daß der Verkäufer, wenn er die Klagen geltend gemacht hat, dasjenige herausgeben muß, was er durch die Geltendmachung der Klagen erlangt hat [6]).

In vielen Stellen wird dem Käufer das Recht auf Cession der Klagen zugeschrieben, ohne daß ausdrücklich eine Beschränkung auf den Fall, wo er die Gefahr trägt, hinzugefügt wird. Dies erklärt sich jedoch, was die Klagen wegen gewaltsamer Wegnahme, die actio legis Aquiliae, das interdictum quod vi aut clam und die actio aquae pluviae arcendae betrifft, daraus, daß in den Fällen, in welchen diese Klagen begründet sind, nur sehr selten eine von dem Schuldner zu prästirende Culpa vorliegen wird. Wir sind um so mehr berechtigt, den Anspruch des Käufers auf Cession auf die Fälle, wo er die Gefahr in Ansehung des nachtheiligen Ereignisses trägt, zu beschränken, als in der L. 31. pr. D. de act. empti (19. 1), die von der

---

2) §. 3. I. de empt. (3. 23). L. 14. pr. L. 80. pr. D. de furtis (47. 2). L. 35. §. 4. D. de contrah. empt. (18. 1). Die letzte Stelle handelt von dem Fall, wo der Verkäufer eine fremde Sache verkauft hat, und ihm deshalb die Klagen nicht zustehen. Hier muß er Entschädigung dafür leisten, daß er das commodum nicht prästiren kann. — Nach Paulus, R. S. II. tit. 31. §. 17 könnte es scheinen, als ob der Käufer auch ohne Cession die actio furti hätte. Doch werden wir den oben citirten Stellen zufolge das Gegentheil annehmen müssen.

3) L. 31. pr. D. de act. empti (19. 1).

4) §. 3. i. f. I. de empt. (3. 23). L. 13. §. 12. D. de actionibus empti (19. 1). L. 13. D. de periculo (18. 6).

5) L. 13. §. 12. D. de act. empti (19. 1). L. 11. §. 9. D. quod vi (43. 24). L. 16. D. de aqua et aq. (39. 3).

6) L. 14. pr. D. de furtis (47. 2).

Cession der durch eine gewaltsame Wegnahme begründeten Klagen handelt, ausdrücklich das Recht des Käufers auf Cession durch die Worte motivirt wird: „quia custodia adversus vim parum proficit.“ Wir können daraus schließen, daß der Käufer in den Fällen, in welchen dem Verkäufer dennoch ein Mangel an custodia zur Last fiel, der ihn zur Entschädigung verpflichtet, kein Recht hat, die Cession zu verlangen.

Anders steht es beim Diebstahl, indem die Römer hier gerade im Gegentheil als Regel annehmen, daß den Schuldner der Vorwurf einer Culpa trifft, wenn er sich die geschuldete Sache stehlen läßt. Die Stellen, welche sich auf diesen Fall beziehen, sprechen aber auch die Verpflichtung des Verkäufers zur Cession der Klagen ausdrücklich nur für den Fall aus, wo dem Verkäufer in dem bestimmten vorliegenden Fall keine Culpa zur Last gelegt werden kann [7]).

So sind wir denn völlig berechtigt zu der Annahme, daß der Käufer nur dann, wenn er die Gefahr in Ansehung des Delicts trägt, die Cession der Klagen verlangen kann, daß dagegen der Verkäufer nicht zur Cession der Klagen genöthigt werden kann, wenn er in Folge des Delicts zur Entschädigung verpflichtet ist.

Gehen wir nun zu den Obligationen auf Restitution über, so finden wir hier insofern einen Unterschied, als bei manchen dieser Obligationen der Gläubiger fortwährend Eigenthümer der ihm zu restituirenden Sache bleibt, bei anderen dagegen der Schuldner inzwischen Eigenthümer ist. Dies ist wichtig für die Frage, wem die Delictsklagen zunächst zustehen, indem die meisten Klagen zunächst demjenigen zufallen, welcher Eigenthümer ist. Nur die actio furti, der die actio vi bonorum raptorum gleichgestellt wird [8]), steht der Regel nach unmittelbar demjenigen zu, dem das Delict zum Nachtheil gereicht. Der gedachte Umstand ist aber, wie wir unten sehen werden, auch in anderer Beziehung von Bedeutung.

---

7) Vergl. die in der Note 2 citirten Stellen. S. auch L. 21. i. f. D. de hered. vend. (18. 4), „nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem: — — —.“

8) §. 2. I. de bonis vi raptis (4. 2). Vergl. auch L. 2. §§. 23. 24. D. eodem (47. 8).

Wir müssen nun auch bei den hier zur Frage stehenden Obligationen die Fälle unterscheiden, wo die Gefahr den Gläubiger, und wo sie den Schuldner trifft.

Der erste Fall, wo der Gläubiger die Gefahr trägt, also wegen der durch das Delict herbeigeführten Unmöglichkeit der Leistung keine Entschädigung vom Schuldner verlangen kann, ist der einfachste.

Wenn der Gläubiger Eigenthümer der zu restituirenden Sache ist, so stehen ihm regelmäßig alle durch das Delict begründeten Klagen unmittelbar schon zu. Die meisten Klagen stehen ihm als Eigenthümer zu; die actio furti steht ihm deshalb zu, weil der Nachtheil des Delicts ihn trifft [9]). Es versteht sich hier von selbst, daß der Gläubiger nicht genöthigt werden kann, die Klagen dem Schuldner zu cediren.

Wo dem Schuldner, wie das allerdings bei einigen Obligationen der Fall ist, das Recht eingeräumt wird, die Delictsklagen geltend zu machen, da kann er dies nur im Interesse des Gläubigers thun. So verhält es sich z. B. beim Vormund, und ebenso auch beim Pfandgläubiger. Es wird allerdings gesagt, daß dem Pfandgläubiger auch dann, wenn das ihm hingegebene Pfand ohne seine Schuld gestohlen sei, die actio furti zustehe, weil er ein Interesse habe. Das Interesse besteht aber darin, daß dasjenige, was durch die Delictsklagen erlangt wird, zu seiner Befriedigung verwendet werde; und demgemäß kommt der Gewinn, der durch die Delictsklagen erlangt wird, doch dem Pfandgeber zu Gute. In der That kann der Pfandgläubiger hier die Delictsklage nur geltend machen als Vertreter des Pfandgebers [10]).

In den Fällen, in welchen der Schuldner inzwischen Eigenthümer der zu restituirenden Sache ist, kann der Gläubiger immer die Cession der Klagen verlangen, wenn er die Gefahr des Delicts trägt [11]).

---

9) S. §. 19. I. de obl. quae ex. del. (4. 1). Gajus III. §. 207.

10) S. §. 16. I. de obl. quae ex del. (4. 1). L. 12. §. 2. L. 14. §§. 5—7. L. 46. §. 4. D. de furtis (47. 2). Dieselbe Bewandtniß hat es, wenn dem Pfandgläubiger andere Delictsklagen, wie die actio legis Aquiliae und die condictio furtiva eingeräumt werden. L. 30. §. 1. D. ad legem Aquiliam (9. 2). L. 12. §. 2. D. de cond. furtiva (13. 1). Auch hier macht der Pfandgläubiger die Delictsklagen nur geltend als Vertreter des Verpfänders.

11) L. 18. §. 1. i. f. D. sol. matr. (24. 3). Hat der Schuldner die Klagen

So wird also unsere Regel in Beziehung auf den Fall, wo der Gläubiger die Gefahr trägt, vollständig anerkannt, und Ausnahmen kommen in dieser Beziehung nicht vor.

Ich wende mich jetzt zu den Fällen, wo der zur Restitution verpflichtete Schuldner in Ansehung des von dem Dritten begangenen Delicts die Gefahr trägt, sei es, daß er wegen einer von ihm zu prästirenden Culpa, oder daß er aus einem anderen Grunde dem Gläubiger zur Entschädigung verpflichtet ist. Es fragt sich, ob die Regel auch hier zur Anwendung gebracht wird.

Bei der Untersuchung über diese Frage werde ich zunächst die Fälle in's Auge fassen, wo der Gläubiger fortwährend Eigenthümer der zu restituirenden Sache ist, und sodann zu einer Erörterung der Fälle mich wenden, wo das Eigenthum auf den Schuldner übergegangen ist.

Wenn der Gläubiger Eigenthümer der zu restituirenden Sache ist, so stehen die meisten Klagen zunächst ihm als Eigenthümer zu. Nur einige Delictsklagen, als deren Repräsentant die actio furti anzusehen ist, machen eine Ausnahme. Ich werde deshalb in der nachfolgenden Darstellung diese Klagen von einander trennen.

1) Klagen, die dem Gläubiger als Eigenthümer zustehen.

Nach der Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, könnte man glauben, daß der Schuldner, der in Ansehung des Delicts die Gefahr trägt, die Cession dieser Klagen von dem Gläubiger verlangen könnte. So steht es aber nicht. Der Gläubiger kann von dem Schuldner nicht auf Cession der gedachten Klagen belangt werden; denn wenn auch der Schuldner in Folge des von dem

---

geltend gemacht, so versteht es sich von selbst, daß er das Erlangte herausgeben muß. Damit steht die L. 49. §. 1. D. de furtis (47. 2) nicht in Widerspruch. Wenn hier gesagt wird, daß die actio furti dem Ehemann und nicht der Frau zustehe, so bezieht sich das nur darauf, daß der Ehemann als Verwalter der dos diese Klage hat; es soll damit aber nicht geläugnet werden, daß er (wenigstens unter Umständen) nach Beendigung der Ehe das durch die actio furti Erlangte herausgeben muß.

Dritten begangenen Delicts zur Entschädigung verpflichtet ist, so ist doch der Gläubiger nicht genöthigt, die Entschädigung vom Schuldner einzufordern. Es steht dem Gläubiger völlig frei, dies zu unterlassen, und statt dessen gegen den Dritten zu klagen. Wenn er aber auf diesem Wege zum Ersatz des Schadens gelangt ist, kann er allerdings den Schuldner nicht mehr verklagen [12]).

Die von uns aufgestellte Regel hat also keine so weit gehende Bedeutung, daß der zur Entschädigung verpflichtete Schuldner ein unbedingtes Recht auf Cession der Klagen hätte, die dem Gläubiger als Eigenthümer zustehen; man kann aber deshalb nicht sagen, daß die Regel in Ansehung der hier zur Frage stehenden Klagen ganz ohne Bedeutung sei. Im Gegentheil findet sie insofern vollständige Anerkennung, als der Gläubiger, **wenn** er seinen Entschädigungsanspruch gegen den Schuldner geltend macht, dann auch genöthigt ist, ihm die Klagen zu cediren [13]).

2) Die actio furti.

Diese Klage steht nicht dem Eigenthümer als solchem zu, sondern demjenigen, den die nachtheiligen Folgen des Diebstahls treffen. Hier entscheidet also unsere Regel, daß das commodum demjenigen zufällt, der die Gefahr trägt, unmittelbar über die Frage, wer Inhaber der actio wird. Doch kommen allerdings von diesem Grundsatze manche Ausnahmen vor.

Dem eben Bemerkten zufolge hat der Schuldner, der wegen eines von ihm zu prästirenden Verschuldens dem Gläubiger zur Entschädigung verpflichtet ist, die actio furti, und dies wird auch als Regel in vielen Stellen anerkannt [14]); vorausgesetzt, daß der Schuldner solvent ist. Denn wenn der Schuldner insolvent ist, so trägt in Wirk-

---

12) Nach L. 60. §. 2. D. locati (19. 2) kann der Schuldner sogar vom Gläubiger verlangen, daß er zuerst den Dieb verklage, wenn dieser eben so leicht zu verklagen ist.

13) S. besonders L. 12. D. de re jud. (42. 1). L. 25. §. 8. L. 60. §. 2. D. locati (19. 2).

14) S. z. B. L. 14. §§. 10—12. 16. D. de furtis (47. 2). Gajus III. §. 205. §. 17. I. de obl. quae ex del. (4. 1). In einigen Stellen heißt es schlechthin: der Schuldner, welcher Culpa zu prästiren hat, habe die actio furti, so z. B. in L. 12. pr. D. de furtis (47. 2): „semper agit," und in L. 14. §. 2. D. eodem. Dies erklärt sich daraus, daß im Fall des Diebstahls eine Culpa des Schuldners präsumirt wird; es soll damit aber nicht gesagt werden, daß der Schuldner auch dann die actio furti hat, wenn er im besonderen

lichkeit der Gläubiger die Gefahr, indem er, wenn er auch dem Rechte nach einen Entschädigungsanspruch gegen den Schuldner hat, doch factisch wegen der Insolvenz des Schuldners diesen nicht realisiren kann [15].

Der Gläubiger hat also in den Fällen, wo der Schuldner in Ansehung des Diebstahls die Gefahr trägt, nicht die actio furti, sondern dieselbe steht dem Schuldner zu. Es fragt sich aber, ob nicht der Gläubiger die Vortheile der actio furti erlangen kann, wenn er auf seinen Entschädigungsanspruch gegen den Schuldner verzichtet, also hinterher die Gefahr auf sich nimmt.

In dieser Beziehung fehlt es uns an völlig klaren Entscheidungen in den Quellen, und deshalb ist die Sache zum Theil sehr zweifelhaft; meiner Meinung nach dürfte aber Folgendes wohl das Richtige sein.

Der Schuldner, der in Ansehung des von dem Dritten verübten Diebstahls die Gefahr trägt, kann sofort die actio furti anstellen; und wenn er durch diese Klage das duplum oder quadruplum erlangt hat, so kann ein späterer Verzicht des Gläubigers auf seinen Entschädigungsanspruch nicht die Folge haben, daß der Schuldner das Erlangte wieder herausgeben muß. Der Gläubiger muß sich mit der Entschädigungssumme begnügen [16]. Dagegen wird der Schuldner

---

Fall nachweisen kann, daß ihm gar keine Culpa zur Last fiel; vielmehr erhalten die letzteren Stellen ihre nähere Bestimmung und Beschränkung durch die zuerst citirten. — Auch dann steht dem Schuldner die actio furti zu, wenn seine Verpflichtung, wegen des Diebstahls zu entschädigen, darauf beruht, daß er in Folge eines besonderen Nebenvertrages die Haftung für die Culpa übernommen hat. §. 2. I. de bonis vi raptis (4. 2). [Damit steht auch die L. 2. §§. 23. 24. D. eodem (47. 8) durchaus nicht in Widerspruch; es ist nur nöthig, daß man das Paragraphenzeichen versetzt (so daß es vor den Worten: „utilius dicendum est" zu stehen kommt), und die Worte: „si in re deposita culpam quoque" cet. mit den vorhergehenden Worten in unmittelbare Verbindung bringt. S. darüber Hasse, Culpa §. 83. S. 316 ff. Anm. 3.] — Ebenso steht dem Schuldner die actio furti zu, wenn seine Haftung für Culpa nur als Folge der Litiscontestation eingetreten ist. L. 14. §. 11. D. de furtis (47. 2).

15) Gajus III. §. 205. §. 17. I. de obl. quae ex del. (4. 1). L. 4. pr. D. nautae (4. 9). L. 12. pr. L. 14. §. 17. i. f. L. 52. §. 9. L. 53. §. 1. D. de furtis (47. 2).

16) L. 6. D. locati (19. 2).

mit der actio furti nicht mehr durchdringen können, wenn er von dem Gläubiger bereits liberirt ist, weil er dann kein Interesse mehr hat [17].

---

17) Derselben Ansicht ist Jhering a. a. O. S. 55. — Er beruft sich auf L. 90. pr. D. de furtis (47. 2), wo es heißt, daß der Miether, wenn ihm auch sonst die actio furti zustände, doch dieselbe nicht mehr geltend machen kann, wenn er von der actio locati befreit ist. Es ist hier allerdings wohl nur an einen Fall gedacht, wo der Vermiether gegen den Miether die actio locati angestellt, und der Richter den Miether frei gesprochen hat; doch leidet es kein Bedenken, dies auszudehnen. Der in der L. 90. pr. D. cit. angeführte Grund paßt ebenso gut für den Fall, wo der Gläubiger den Schuldner freiwillig seiner Verpflichtung entbunden hat. — Für die Ausdehnung spricht auch L. 53. §. 1. D. de furtis (47. 2). Hier heißt es: wenn der Sclave des Commodanten dem Commodatar die geliehene Sache stiehlt, so kann der Commodant die actio commodati gegen den Commodatar, und der Commodatar die actio furti (als actio noxalis) gegen den Gläubiger anstellen. Die actio furti soll aber erlöschen, wenn der Gläubiger dem Commodatar die bereits von ihm eingetriebene Summe wiedergiebt oder die commodati actio remittirt. — Für das Commodat wurden durch Justinian in L. 22. C. de furtis (6. 2) besondere Bestimmungen erlassen, denen zufolge der Gläubiger hier ohne Weiteres gegen den Dieb die actio furti anstellen kann, indem in der Anstellung der Klage ein Verzicht auf die Entschädigungsforderung gegen den Commodatar liegen soll, während nach dem früheren Recht für den Commodatar ganz dasselbe galt, wie für andere Schuldner. Gajus III. §. 206. §. 18. init. I. de obl. quae ex del. (4. 1). Man könnte nun glauben, daß die L. 53. §. 1. D. cit. mit Beziehung auf das Gesetz von Justinian interpolirt wäre, daß also aus dieser Stelle keine allgemeinen Schlüsse entnommen werden könnten. Eine solche Annahme halte ich aber nicht für wahrscheinlich. Freilich läßt die Möglichkeit einer Interpolation sich nicht bestreiten; denn wenn es auch der Bestimmung der L. 22. C. de furtis (6. 2), daß in der Anstellung der actio commodati ein Verzicht auf die actio furti liegt, widerspricht, daß der Commodant sich von der actio furti befreien kann, wenn er das mit der actio commodati schon beigetriebene Geld dem Commodatar wieder zurückgiebt, so ist dies doch auch, wenn man keine Interpolation annimmt, jedenfalls eine Singularität, die nicht ausgedehnt werden darf über den besonderen Fall, von welchem die Stelle handelt; eine Singularität, die ebenso gut neben der L. 22. C. cit., wie neben dem älteren Recht anerkannt werden konnte. Gegen eine Interpolation spricht aber zunächst die ganze Fassung unserer Stelle, indem hier offenbar davon ausgegangen wird, daß, auch abgesehen von dem besonderen Fall, nur der Commodatar und nicht der Commodant zur actio furti berechtigt sei. Ferner spricht gegen eine Interpolation die Entscheidung in dem §. 2 der L. 53. D. cit., die sich schwerlich mit den Grundsätzen der L. 22. C. de furtis vereinigen läßt; haben aber die Compilatoren bei dem §. 2 der L. 53 das neue Gesetz von Justinian nicht berücksichtigt, so

Auch wird der Schuldner die Annahme einer solchen Befreiung nicht verweigern können [18]).

Ist nun der Schuldner liberirt, so hat selbstverständlich der Gläubiger die actio furti, und insofern kann er also auch hier sich die Vortheile der Klage verschaffen. Dazu ist aber eine vorgängig erfolgte Liberirung des Schuldners nöthig. So lange der Schuldner noch nicht liberirt ist, würde der Dieb entgegnen können, daß er in dieser Beziehung dem Schuldner hafte, und nicht verpflichtet sei, zwei Mal die poena furti zu zahlen. Dieser Einwand würde nur dann unbegründet sein, wenn in der Anstellung der actio furti ein, auch dem Schuldner gegenüber bindender Verzicht auf die Entschädigungsforderung läge; aber im Allgemeinen kann ein solcher Verzicht in der Anstellung der gedachten Klage nicht gefunden werden.

Eine Ausnahme davon kommt nur bei einem Contract, bei dem Commodat vor, und zwar gründet sich diese Ausnahme auf ein von Justinian erlassenes Gesetz. Justinian hat nämlich für den bestimmten Fall, wenn dem Commodatar die geliehene Sache durch seine Schuld gestohlen ist, dem Gläubiger die Wahl gegeben, entweder gegen den Commodatar auf Entschädigung zu klagen, in welchem Fall er zur Cession der ihm zustehenden Klagen verpflichtet ist, oder sofort gegen den Dieb die actio furti anzustellen, in welchem Fall er eo ipso auf seine actio commodati gegen den Schuldner verzichtet [19]).

---

können wir nicht annehmen, daß sie dasselbe bei dem §. 1 derselben Stelle vor Augen gehabt haben.

18) Dafür sprechen auch die Stellen der vorigen Note.

19) L. 22. §§. 1. 2. C. de furtis (6. 2). — Wie sich der §. 3 der L. 22. C. cit. damit vereinigt, ist schwer zu sagen. Nach den §§. 1 und 2 müßte man annehmen, daß der Commodatar gar nicht die actio furti habe, so lange sich der Commodant nicht entschieden hat, die actio commodati gegen ihn anzustellen. Im §. 3 wird dagegen gesagt, daß, wenn der Commodatar bereits die Klage gegen den Dieb durchgesetzt habe, dann der Commodant nur die Entschädigung verlangen könne, nicht aber den Ertrag der Diebstahlsklage. An einen Fall, wo der Commodant vorher, ehe der Commodatar die actio furti anstellte, sich schon für die actio commodati entschieden hatte, ist hier nicht wohl zu denken; Justinian hätte dann seine Entscheidung gewiß nicht durch den Satz: ubi periculum, ibi et lucrum collocetur, motivirt, sondern es würde dann viel näher gelegen haben, darauf hinzuweisen, daß die einmalige Wahl bindend sei. Auch kommt davon keine Andeutung in der Stelle vor. — Es scheint also wohl, als ob Justinian nicht schlechthin dem Commodatar die actio furti absprechen wollte; er konnte sie an-

Diese Bestimmung läßt sich aber nicht auf die anderen Obligationen ausdehnen; vielmehr müssen wir besonders nach der Art und Weise, wie der Inhalt des Justinianischen Gesetzes in den Institutionen referirt ist, annehmen, daß Justinian etwas Besonderes für das Commodat hat festsetzen wollen [20].

So steht es in den regelmäßigen Fällen. Es kommen nun aber verschiedene Ausnahmen vor, die wir noch in's Auge zu fassen haben.

Zunächst giebt es einige Obligationen auf Restitution, bei welchen der Schuldner auch dann, wenn er wegen einer von ihm zu prästirenden Culpa zur Entschädigung verpflichtet ist, nicht die actio furti hat, sondern wo diese Klage dem Gläubiger zusteht. Die Obligationen, rücksichtlich deren dies in den Quellen anerkannt wird, sind die negotiorum gestio und die Vormundschaft [21].

Der Satz, daß der Gläubiger bei diesen Obligationen die actio furti hat, ist aber nicht so zu verstehen, als ob der Gläubiger unter allen Umständen die actio furti auch behalten kann; vielmehr verhält es sich mit derselben ebenso, wie mit den Klagen, die dem Gläubiger

---

stellen; wenn aber, ehe es zu einer Condemnation gekommen war, der Commodant die Klage gegen den Dieb anstellte, so mußte der Dieb von der Klage des Commodatars entbunden werden, weil jetzt der Commodatar kein Interesse mehr hatte. Schwer zu erklären bleibt es freilich immer, daß Justinian von einem Fall spricht, wo der Dieb nicht blos in poenam furti, sondern auch in rem furtivam verurtheilt ist. Eine Verurtheilung in rem furtivam würde voraussetzen, daß der Commodatar die condictio furtiva oder die rei vindicatio angestellt hätte, die ihm entschieden nur dann zustehen konnten, wenn sie ihm vom Commodanten cedirt waren. An eine Cession ist aber nicht zu denken, da Justinian offenbar Fälle zu Grunde legt, wo der Commodant noch nicht die Entschädigungssumme vom Commodatar erhalten hat.

20) Besonders klar ist dies, wenn man die §§. 17. 18. I. de obl. quae ex del. (4. 1) mit Gajus III. §. 206 vergleicht.

21) L. 53. §. 3. L. 85. D. de furtis (47. 2). S. darüber auch meine Beiträge Abth. III. S. 385 ff. Es könnte sich allerdings fragen, ob das oben Bemerkte nur von dem Vormund gilt, der sich zur alleinigen Geschäftsführung freiwillig erboten hat; doch spricht der allgemeine Ausdruck der Stellen wohl mehr dafür, dem Vormund allgemein die actio furti abzusprechen. Der Grund der Bestimmung liegt dann darin, daß die Vormundschaft ein officium ist, aus dem der Vormund nicht zum Nachtheil des Bevormundeten irgend welchen Vortheil ziehen soll.

als Eigenthümer zustehen. Er hat die freie Wahl, ob er gegen den Dritten die actio furti oder gegen den Schuldner die Klage auf Entschädigung anstellen will. Wählt er aber das Letztere, so muß er auch die actio furti dem Schuldner cediren [22].

Wenn nun, ehe der Gläubiger seinen Anspruch auf Entschädigung geltend gemacht hat, der Vormund oder der negotiorum gestor (wo das aus processualischen Gründen zulässig ist) die actio furti gegen den Dieb anstellt, so kann er das nur als Vertreter des Gläubigers thun; er kann das durch die Delictsklage Gewonnene dem Gläubiger also auch dann nicht vorenthalten, wenn dieser es hinterher vortheilhafter findet, den Ertrag der Delictsklage zu verlangen, als den Entschädigungsanspruch geltend zu machen. Der Gläubiger hat hier also auch noch hinterher die Wahl.

Ebenso stellt sich praktisch die Sache beim Pfandgläubiger. Vom Pfandgläubiger wird allerdings nicht gesagt, wie vom Vormund, daß ihm die actio furti nicht zustehe. Sie wird ihm vielmehr wegen seines Interesses selbst dann gegeben, wenn er nicht in culpa war; also steht sie ihm um so mehr zu, wenn er einer Culpa sich schuldig gemacht hat. Aber er wird doch auch in dem letzten Fall, wenn er die actio furti geltend macht, als Vertreter des Pfandgebers betrachtet, und muß demnach, wenn die Delictsklage einen günstigen Erfolg hat, dies auf die Schuld anrechnen [23]. Es genügt in diesem Fall nicht, daß er blos die Entschädigungssumme in Anrechnung bringt.

Die Consequenz dürfte endlich dahin führen, dasselbe auch beim Mandatar anzunehmen. An sich steht ihm so gut, wie dem Pfandgläubiger, die actio furti zu, wenn er hinsichtlich des Diebstahls die Gefahr trägt [24]. Jhering macht jedoch mit Recht darauf aufmerksam, daß bei allen eben erwähnten Personen, und so auch beim Mandatar eine doppelte Qualität zu unterscheiden ist. Auf der einen Seite kann der Mandatar die actio furti, weil er wegen seiner Culpa dem Gläubiger zur Entschädigung verpflichtet ist, in eigenem Namen anstellen; auf der anderen Seite ist er wieder verpflichtet, für das

---

22) Dies wird in L. 53. §. 3. D. de furtis (47. 2) in Beziehung auf den negotiorum gestor ausdrücklich gesagt; der Vormund wird aber in dieser Stelle mit dem negotiorum gestor in einer Weise zusammengestellt, daß wir für ihn dasselbe annehmen müssen. S. meine Beiträge, Abth. III. S. 387.

23) S. L. 22. pr. D. de pign. act. (13. 7).

24) L. 14. §. 17. D. de furtis (47. 2).

Interesse des Gläubigers möglichst zu sorgen, und muß deshalb, wenn es dem Gläubiger vortheilhaft ist, sich selbst seine Schuld erlassen, wodurch dann die actio furti dem Gläubiger zufällt, so daß er diese Klage jetzt nur als Vertreter desselben noch anstellen kann [25]).

Fassen wir das bisher Bemerkte zusammen, so ergiebt sich, daß die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, in den eben betrachteten Fällen nicht so vollständig zur Anwendung kommt, wie in den Fällen, wo der Gläubiger die Gefahr trägt. — Der Gläubiger kann nämlich nicht genöthigt werden, diejenigen Klagen, welche ihm zunächst als Eigenthümer zufallen, dem Schuldner zu cediren. Er kann die ihm gegen den Dritten zustehenden Klagen nach seinem Belieben anstellen, und wenn er dies thut, kann er vom Schuldner auch hinterher nicht genöthigt werden, das Erlangte herauszugeben. Ja der Gläubiger hat sogar auch in den Fällen, wo die actio furti zunächst dem Schuldner zusteht, die Wahl, ob er die Klage aus dem obligatorischen Verhältniß gegen den Schuldner oder die Delictsklage anstellen will. Der Regel nach ist aber hier nöthig, daß er vorher den Schuldner liberirt, und außerdem hat er die Wahl gewöhnlich nicht mehr, wenn der Schuldner bereits die actio furti angestellt hat. — Dabei gilt aber immer der Grundsatz, daß der Gläubiger, wenn er den Entschädigungsanspruch gegen den Schuldner geltend macht, dann diesem alle seine Klagen cediren muß. Insofern macht sich also auch hier die oben aufgestellte Regel durchaus geltend.

Hiervon kommt jedoch eine Ausnahme vor, wo der Gläubiger die Entschädigung vom Schuldner verlangen und zugleich das commodum behalten kann. Diese Ausnahme tritt ein, wenn dem Schuldner ein Dolus zur Last fällt. Im Allgemeinen kann allerdings der Schuldner auch dann, wenn er wegen Dolus zur Entschädigung verpflichtet ist, die Cession der Klagen verlangen [26]); nur kann er selbst-

---

25) Ihering, a. a. O. S. 54 ff.

26) S. L. 12. D. de re jud. (42. 1). — Anders ist es allerdings bei der rei vindicatio in Ansehung des fictus possessor. Hier kann man aber die Klagen, die etwa zu cediren wären, nicht als ein an die Stelle des geschuldeten Gegenstandes tretendes commodum bezeichnen. Der Besitzer, der dolo desiit possidere, war gar nicht obligirt; erst durch den Dolus entsteht eine Obligation, als deren Gegenstand die Leistung des Interesse anzusehen ist (die rei vindicatio ist in diesem Fall nichts Anderes, als eine persönliche Entschädigungsklage ex delicto). Der Satz, daß der Kläger die Klagen nicht

verständlich die Delictsklagen gegen den Dritten nicht anstellen, wenn er selbst an dem Delict Theil genommen hat, indem ein Complice nicht gegen den anderen die Folgen des Delicts geltend machen kann.

Insofern es sich nun blos um Entschädigungsklagen ex delicto handelt, kann natürlich auch der Gläubiger die Klage nicht zugleich gegen den Dritten anstellen, wenn er den Schadensersatz vom Schuldner erhalten hat. Anders steht es jedoch mit den Strafklagen, also namentlich mit der actio furti. Der Schuldner kann, wenn er durch seinen Dolus am Diebstahl Theil genommen hat, obgleich er die Gefahr trägt, selbstverständlich weder unmittelbar die actio furti erlangen, noch auch durch Cession. Ja hier ging man sogar noch weiter, indem man sie ihm allgemein absprach, wenn er in dolo war, auch wo er nicht am Diebstahl Theil genommen hat, indem nur derjenige die actio furti haben soll, cujus ex honesta causa interest [27]). Die actio furti steht in diesen Fällen dem Gläubiger zu; und es versteht sich von selbst, daß sie nicht wegfällt, wenn der Gläubiger auch die Entschädigung vom Schuldner erhalten hat. Hier ist also ein Fall, wo der Gläubiger neben der Entschädigung noch das commodum behält.

In unserer Erörterung über die auf Restitution gerichteten Obligationen haben wir zunächst die Fälle ins Auge gefaßt, wo der Gläu-

---

zu cediren braucht, ist nun allerdings eine Ausnahme von der Regel; aber nicht eine Ausnahme von unserer Regel, sondern eine Ausnahme von der Regel über die Berechnung des Interesse, weil offenbar der Kläger, wenn er die Klagen behält, mehr bekommt, als sein wirkliches Interesse beträgt. Es stellt sich dies als ein zum Interesse hinzutretender Strafzusatz dar.

27) Hätten wir blos die L. 14. §§. 3. 4. 8. 9. D. de furtis (47. 2), so könnte man, wenn man diese Stellen mit L. 48. §. 4. D. eodem vergliche, zu der Ansicht kommen, daß nur für die Fälle dem Schuldner die actio furti abgesprochen wäre, wo er durch seinen Dolus unmittelbar an dem zur Frage stehenden Diebstahl Theil genommen hat. Aus L. 12. §. 1 und L. 76. §. 1. D. de furtis (47. 2) geht aber entschieden hervor, daß die Quellen allgemein dem dolosen Schuldner die actio furti absprechen. Die Entscheidung der L. 48. §. 4. D. eodem bildet nur eine Ausnahme von der Regel, und so wird sie auch bezeichnet.

biger in Ansehung des, von dem Dritten verübten Delicts die Gefahr trägt, und sodann den Fall, wo der Schuldner die Gefahr trägt, das Eigenthum an der zu restituirenden Sache aber dem Gläubiger zusteht. Es bleibt uns jetzt nur noch übrig, den Fall zu erörtern, wo der Schuldner die Gefahr trägt, und zugleich Eigenthümer der zu restituirenden Sache ist.

In diesem Fall stehen sämmtliche Klagen zunächst dem Schuldner zu, und hier werden wir der Regel gemäß annehmen müssen, daß der Gläubiger nicht die Cession der Klagen, sondern nur die Entschädigung verlangen kann, und zwar einerlei, ob der Schuldner nur einer Culpa oder eines Dolus sich schuldig gemacht hat. Doch ist in dieser Beziehung eine Ausnahme zu machen für den Fall der Litiscontestation.

Im Allgemeinen gilt hier die für das stellvertretende commodum aufgestellte allgemeine Regel, wie dies auch in der L. 21. D. de rei vind. (6. 1) anerkannt wird. Auch sind für den Fall, wenn der Kläger Eigenthümer der eingeklagten Sache ist, keine besonderen Grundsätze anzunehmen.

Wenn in einem solchen Fall die Leistung der Sache nach der Litiscontestation durch das Delict eines Dritten, in Ansehung dessen der Beklagte die Gefahr trägt, unmöglich wird, so fallen die meisten Delictsklagen dem Kläger als Eigenthümer zu. Wenn er nun den Proceß fortsetzt, und der Beklagte zur Entschädigung verurtheilt wird, so muß der Kläger die ihm zustehenden Klagen cediren; dagegen steht es dem Kläger nach den oben ausgeführten Grundsätzen frei, den Proceß fallen zu lassen und den Beklagten zu liberiren; und alsdann hat er, wie wir annehmen müssen, auch die actio furti.

Für diesen Fall hat also der Kläger schon nach den im Allgemeinen geltenden Grundsätzen ein Wahlrecht. Dasselbe müssen wir aber meiner Meinung nach auch für den Fall annehmen, wenn der Beklagte Eigenthümer ist. Ulpian sagt nämlich in der L. 17. §. 1. D. de rei vind. (6. 1):

„Idem Julianus eodem libro scribit, si moram fecerit „in homine reddendo possessor et homo mortuus sit, et „fructuum rationem usque ad rei judicatae tempus spectan-„dam esse. Idem Julianus ait, non solum fructus, sed „etiam omnem causam praestandam, et ideo et partum „venire in restitutionem et partuum fructus. Usque adeo „autem et causae veniunt, ut Julianus libro septimo scri-

„bat, si per eum servum possessor adquisierit actionem le-
„gis Aquiliae, restituere cogendum. Quod si dolo malo ipse
„possessor desierit possidere, et aliquis hominem injuria
„occiderit, aut pretium hominis aut actiones suas praestare
„cogetur, utrum eorum voluerit actor — — — — — — —."

Es wird hier, wie auch in den (nicht mit abgedruckten) Schlußworten der Stelle bemerkt wird, ein Fall vorausgesetzt, wo der Beklagte nach der Litiscontestation die Usucapion der eingeklagten Sache vollendet hat. Ferner kann das dolose Aufgeben des Besitzes, wovon in dem letzten der abgedruckten Sätze die Rede ist, nicht in einer Veräußerung der Sache, also auch nicht in einem Verkauf derselben bestehen; denn es wird vorausgesetzt, daß die actio legis Aquiliae dem Beklagten trotz des dolosen Aufgebens des Besitzes zustehe. Das pretium rei ist also nicht etwa der erworbene Kaufpreis, sondern die Entschädigung (der Werth, den die Sache für den Kläger hat).

Der Jurist geht in unserer Stelle von einem Fall aus, wo der Beklagte dem arbitratus judicis nicht gehorcht, und dadurch einer Mora sich schuldig gemacht hat; er behandelt zunächst nur die Frage, inwieweit der Beklagte verpflichtet sei, die causa zu leisten, wenn der eingeklagte Sclave später gestorben sei. Die Entscheidung geht dahin, daß der Beklagte die ganze causa zu leisten hat, und zu dieser wird auch die actio legis Aquiliae gerechnet, falls der Sclave nachher von einem Dritten getödtet ist. Daß Ulpian hiermit die Verpflichtung des Beklagten zur Entschädigung nicht läugnen will, ist meiner Meinung nach klar. Denn einestheils ergiebt sich diese Verpflichtung schon daraus, daß der Beklagte sich einer Mora schuldig gemacht hat, indem der nach der Mora eingetretene Untergang der Sache mit wenigen Ausnahmen eine Verpflichtung zur Entschädigung nach sich zieht. Anderntheils wird im Anfang der Stelle gesagt, daß der Beklagte die Früchte bis zum Urtheil und nicht blos bis zum Tode des Sclaven zu erstatten habe; dies setzt aber voraus, daß der Beklagte trotz des Todes des Sclaven fortwährend auf Leistung desselben haftet. Ulpian denkt offenbar an einen Fall, wo der Sclave im Fall einer früheren Leistung nicht gestorben wäre.

Indirect wird also schon in dem ersten Theil der Stelle dem Kläger die Wahl eingeräumt zwischen der Forderung auf Leistung des Interesse und der Forderung auf Cession der Klagen, und nur deshalb wird dieses Wahlrecht nicht ausdrücklich hervorgehoben, weil es Ulpian zunächst nur darauf ankommt, zu zeigen, in welchem Umfang die

causa rei zu prästiren sei [28]). Erst in dem folgenden Satze, der sich auf die dolose Aufgebung des Besitzes bezieht, wird das Wahlrecht auch mit ausdrücklichen Worten hervorgehoben.

Die Stelle spricht nur von Fällen, wo der Sclave getödtet ist, nachdem der Beklagte sich einer Mora oder eines Dolus schuldig gemacht hat; und es fragt sich jetzt, ob wir das Wahlrecht des Klägers auf diese Fälle zu beschränken haben.

Ihering ist der Meinung, daß der Beklagte nur im Fall eines Dolus alternativ verpflichtet sei; er läßt demnach das Wahlrecht des Klägers nicht zu, wenn der Beklagte sich nur einer Culpa schuldig gemacht hat [29]). Ich bin der entgegengesetzten Meinung.

Daraus, daß der Jurist nur von Fällen der Mora und des Dolus spricht, kann man keinen Schluß entnehmen, daß in der angegebenen Beziehung für den Fall der Culpa andere Grundsätze gegolten haben. Ulpian will eben nur die Fälle der Mora und des Dolus näher besprechen; überdies würde der Beklagte, wenn er nicht in mala fide gewesen wäre und wenn er sich auch später einer Mora oder eines Dolus nicht schuldig gemächt hätte, im Zweifel gar nicht zur Entschädigung verpflichtet sein, wenn ein Dritter später den Sclaven tödtet [30]). Dafür aber, daß der Dolus des Beklagten nicht das Entscheidende ist, spricht besonders der Entscheidungsgrund, den der Jurist in dem ferneren (nicht abgedruckten) Theil der Stelle anführt: „lucrum ex eo homine, qui in lite esse coeperit, facere non debet."

Auf Grund davon glaube ich annehmen zu müssen, daß dem Kläger das Wahlrecht zusteht, auch wenn der Beklagte sich nur einer Culpa schuldig gemacht hat. Dies scheint mir auch sehr nahe zu liegen. Nach dem Princip, welches für die Bestimmung der mate-

---

28) Ihering, Abhandlungen S. 56, nimmt an, daß der Jurist im ersten Theil der Stelle von einem Fall spricht, wo dem Beklagten, ohne daß ihm eine Culpa oder ein Dolus zur Last fällt, die actio legis Aquiliae zu Theil geworden, und wo er eben deshalb auch blos zur Cession der Klage verpflichtet ist. Es ist aber völlig klar, daß auch die von der Cession der actio legis Aquiliae handelnden Worte der Stelle sich auf den Fall beziehen, „si moram fecerit in homine reddendo possessor et homo mortuus sit."

29) Ihering a. a. O. S. 56 ff.

30) S. L. 19. D. commodati (13. 6), L. 41. D. locati (19. 2) und dazu Hasse, Culpa S. 407 ff.

riellen Wirkungen der Litiscontestation aufgestellt wurde, hätte eigentlich der Beklagte von der Zeit der Litiscontestation an die volle utilitas temporis prästiren müssen. Dies beschränkte man aus Gründen der Billigkeit für den Fall, wo der Beklagte in bona fide war; es lag nun aber doch sehr nahe, dann auf der anderen Seite wieder festzusetzen, daß der Beklagte jedenfalls keinen Gewinn, den er aus der im Streit befangenen Sache gemacht habe, zurückbehalteu dürfe [31]).

In dem Bisherigen ist nur von solchen Obligationen die Rede gewesen, bei welchen auch ein Anspruch des Gläubigers auf das accessorische commodum anerkannt wird. Es fragt sich nun, ob die für das stellvertretende commodum aufgestellte Regel, sofern dieses commodum in Delictsklagen besteht, sich auf diese Obligationen beschränkt, oder ob dieselbe sich auch auf diejenigen Obligationen bezieht, bei welchen dem Gläubiger ein Anspruch auf das accessorische commodum, sofern dieses nicht in den geschuldeten Gegenstand ganz aufgeht, abgesprochen wird.

Wir haben hier besonders die Stipulation und die Vermächtnißforderung ins Auge zu fassen.

Was die Stipulation betrifft, so trägt allerdings der Gläubiger die Gefahr, wenn durch das Delict eines Dritten eine Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, ohne daß dem Schuldner eine von ihm zu prästirende Culpa zur Last gelegt werden kann. Dessenungeachtet hat der Stipulator im Allgemeinen keinen Anspruch auf Cession der gegen den Dritten begründeten Klagen. Das einzige Rechtsmittel, welches ihm zusteht, ist vielmehr eine actio doli gegen den Dritten, falls diesem ein Dolus zur Last fällt; diese Klage ist darauf gegründet, daß der Dritte durch seine dolose Handlung die Obligation aufgehoben oder (falls durch das Delict nur eine zeitweilige Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt ist) eine einstweilige Suspension der actio ex stipulatu herbeigeführt hat. Dies ergiebt

---

31) S. meine Beiträge zum Obligationenrecht, Abth. II. S. 28 ff. und dort besonders die Note 6. — Derselben Ansicht ist auch Buchka, Einfluß des Processes, Thl. I. S. 276 ff.

sich, wie ich in der ersten Abtheilung meiner Beiträge (S. 302 ff.) gezeigt habe, mit Bestimmtheit aus den Quellen.

Ob diese Grundsätze für alle Stipulationen ohne Unterschied galten, darüber geben uns die Quellen keinen Aufschluß; da sie aber ohne allen Zweifel nur auf der streng buchstäblichen Natur der Stipulation beruhten, die eine derartige Substituirung eines anderen Objects nicht zuließ, so werden wir annehmen müssen, daß bei denjenigen Stipulationen, die freier behandelt wurden, dem Gläubiger ein Anspruch auf die Delictsklagen eingeräumt wurde, wenn er in Ansehung des Delicts die Gefahr trug.

In Ansehung der Vermächtnißforderung fehlt es uns an bestimmten Entscheidungen in den Quellen. An sich ist es aber wahrscheinlich, daß für das Damnationslegat, wenigstens nach dem älteren römischen Recht dieselben Grundsätze, wie für die Stipulation, galten. Dafür spricht auch der Umstand, daß in der L. 85. D. de furtis (47. 2) derjenige, cui ex testamento servus debetur, unmittelbar mit dem Stipulator in Beziehung auf die actio furti zusammengestellt wird [32]).

Bei den Fideicommissen wird man dagegen, wie ich glauben möchte, ein Anderes annehmen müssen. Die Natur der Obligation steht hier einem Anspruch des Gläubigers auf das stellvertretende commodum nicht entgegen. Ebenso sprechen auch die Billigkeitsgründe, welche einen Anspruch des Vermächtnißnehmers auf die Früchte u. s. w. ausschließen, nicht für die Ausschließung des Anspruchs auf die Cession der Delictsklagen, indem der Belastete durch die Cession dieser Klagen durchaus keinen Schaden erleidet. Ueberdies würde es dem muthmaßlichen Willen des Erblassers in keiner Weise entsprechen, wenn der Belastete, dem der Erblasser die Leistung der Sache auferlegt hat, das an die Stelle derselben getretene commodum behalten dürfte. Dazu kommt endlich noch, daß bei dem durch Rechtsgeschäfte herbeigeführten stellvertretenden commodum die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, auch in Beziehung auf die Fideicommisse in den Quellen anerkannt wird. So möchte ich denn glauben, daß dem Fideicommissar ein Anspruch auf Cession

---

32) Die L. 13. §. 3 und L. 15. pr. D. ad legem Aquiliam (9. 2) stehen mit der im Text aufgestellten Ansicht nicht in Widerspruch, indem sie sich auf Vindicationslegate beziehen. S. meine Beiträge, Abth. I. §. 25. Note 30.

der Delictsklagen einzuräumen ist, wenn durch das Delict eines Dritten ohne Schuld des Belasteten eine Unmöglichkeit der Leistung des vermachten Gegenstandes herbeigeführt ist.

Wenn dennoch Manche anderer Ansicht sind [33]), so beruht das auf der L. 66. §. 2. D. ad S. C. Trebell. (36. 1). In dieser Stelle sagt Paulus:

„Si damnum in servo hereditario datum sit, licet per „servum hereditarium heredi competere actio coepit, non „tamen transit legis Aquiliae actio ad fideicommissarium: „hae enim actiones transeunt, quae ex bonis defuncti „pendent.“

Wenn Paulus hier, wo von einem Universalfideicommiß die Rede ist, die Verpflichtung des Erben zur Cession der actio legis Aquiliae wirklich läugnete, so müßten wir allerdings dieselbe auch bei den Singularfideicommissen ausschließen. Meiner Meinung nach ist es aber nicht gerechtfertigt, die Stelle in einer solchen Weise zu verstehen. Die Worte des Paulus beziehen sich nämlich, wie auch aus dem Zusammenhang hervorgeht, nur auf den Uebergang der Klagen, welcher nach den Bestimmungen des S. C. Trebellianum in dem Augenblick der Restitution der Erbschaft erfolgt. Daraus aber, daß die nach dem Tode des Testators begründeten Delictsklagen nicht eo ipso mit auf den Fideicommissar übergehen, folgt in keiner Weise, daß der Fideicommissar nicht die Cession derselben verlangen kann. Dies ergiebt sich auch auf das Evidenteste aus der L. 73. pr. D. ad S. C. Trebell., einer Stelle, von welcher früher (§. 3. Anm. 6) die Rede gewesen ist. So glaube ich denn, daß die L. 66. §. 2. D. cit. nicht der von uns aufgestellten Ansicht widerspricht; wünschenswerth wäre es aber freilich, wenn eine bestimmte Entscheidung in den Quellen uns aufbehalten wäre.

Ist nun diese von uns angenommene Ansicht richtig, so ist nach heutigem Recht der Gläubiger bei allen Vermächtnissen berechtigt, die Cession der gegen den Dritten begründeten Klagen zu fordern, wenn er in Ansehung des Delicts die Gefahr trägt, und dasselbe ist dann auch nach heutigem Recht in Ansehung des Schenkungsversprechens anzunehmen [34]).

---

33) S. z. B. Donellus, comment. jur. civ. VII. cap. 25.

34) Ein Unterschied ist allerdings zu machen; derselbe hängt aber mit den allgemeinen Regeln über die Haftung bei dem Schenkungsversprechen zusammen.

Die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, kann also, insofern sie sich auf das hier zur Frage stehende stellvertretende commodum bezieht, nach heutigem Recht, wo der Unterschied zwischen den strengen und freien Klagen weggefallen ist, nicht auf bestimmte Classen von Obligationen beschränkt werden; vielmehr müssen wir sagen, daß sie an sich bei allen Obligationen zur Anwendung kommt.

Doch ist hier *eine* Beschränkung hinzuzufügen. Die Regel kann nämlich, wie ich glaube, nicht so weit ausgedehnt werden, daß der Gläubiger, der nur einen Anspruch auf Benutzung der zu leistenden Sache hat, statt der Benutzung der Sache die Benutzung der Delictsklagen, beziehungsweise des Ertrages dieser Klagen für die im Contract bedungene Zeit verlangen könnte. Ich will dies an einigen Beispielen auszuführen suchen.

Als erstes Beispiel wähle ich den Verkauf eines erst zu bestellenden Usufructs.

Wenn derjenige, der einen zu bestellenden Usufruct verkauft hat, durch das Delict eines Dritten ohne seine Schuld an der Bestellung des Usufructs verhindert wird, so stehen die Delictsklagen

---

Der Verkäufer muß die Delictsklagen auch dann präſtiren, wenn er eine fremde Sache verkauft hat, die später von einem Dritten gestohlen oder geraubt ꝛc. ist; und wenn er die Klagen nicht cediren kann, so muß er dem Käufer das Interesse leisten, welches dieser daran hat, daß ihm die Klagen cedirt würden. L. 35. §. 4. D. de contr. empt. (18. 1). Derjenige, der eine Sache schenkungsweise zu leisten verspricht, hat, falls er nicht eine derartige Haftung ausdrücklich übernommen hat, nicht dafür einzustehen, daß die Sache ihm auch gehöre (s. L. 18. §. 3. D. de donat. 39. 5), und eben deshalb ist er, wenn die versprochene Sache gestohlen wird, *nur* dann verpflichtet, die Delictsklagen zu cediren, wenn er sie auch wirklich erworben hat. Wenn die versprochene Sache ihm nicht gehörte, so ist er nicht verpflichtet, die Klagen zu cediren; er hat nur, falls er wissentlich eine fremde Sache versprochen hat, dem Gläubiger das Interesse zu erstatten, welches dieser daran hatte, daß von der Schenkung gar nicht die Rede gewesen wäre. — Was das Vermächtniß betrifft, so kann, wenn eine fremde Sache vermacht und diese nachher gestohlen ist, eine Verpflichtung zur Cession der Delictsklagen selbstverständlich nur in den Fällen eintreten, in welchen das Vermächtniß der fremden Sache überhaupt gültig war; aber auch dann braucht der Onerirte auf keinen Fall mehr zu leisten, als den wahren Werth der vermachten Sache, wenn auch die Delictsklagen einen größeren Werth haben sollten.

zunächst dem Verkäufer zu [35]); es fragt sich aber, ob der Käufer die Cession der Klagen verlangen kann. Hier steht nun so viel fest, daß er eine völlige Abtretung der Delictsklagen nicht verlangen kann. Da er durch den Contract nur ein Recht hatte, die Vortheile der Benutzung der Sache für seine Lebenszeit zu haben, nicht aber ein Recht, die Sache für immer zu behalten, so kann er natürlich auch nicht verlangen, daß das an die Stelle der Sache tretende commodum ihm zum Behalten geleistet werde. Höchstens könnte also der Käufer verlangen, daß ihm ein Ususfruct an den vom Verkäufer erworbenen Delictsklagen, beziehungsweise an dem Ertrage derselben eingeräumt werde. Aber auch dieses ist zu läugnen, da der Usufruct eine derartige Veränderung des Gegenstandes nicht zuläßt. Der Käufer ist hier jedoch auf andere Weise gesichert. Der Verkäufer kann nämlich dem Dritten gegenüber, welcher das Delict verübt hat, nicht blos sein eigenes Interesse, welches ja dadurch, daß er den Usufruct verkauft hat, sehr verringert ist, sondern ebensowohl auch das Interesse des Käufers geltend machen. Ja, er ist sogar dem Käufer gegenüber verpflichtet, dies zu thun, und muß dasjenige, was er auf diese Weise erlangt, dem Käufer herausgeben [36]).

Das zweite Beispiel entnehme ich von der Miethe. Es kommt hier aber nicht die Verpflichtung des Miethers zur Restitution der gemietheten Sache, sondern nur die Verpflichtung des Vermiethers, die Benutzung der Sache zu prästiren, in Betracht, und ferner haben

---

35) Dies ist um so mehr anzunehmen, als sogar bei dem Verkauf der Sache selbst die Delictsklagen mit Einschluß der actio furti zunächst dem Verkäufer und nicht dem Käufer zustehen.

36) S. darüber meine Beiträge Abth. I. §. 4. Note 25 und §. 25. Note 25 a. E.; womit zu vergleichen ist die Abth. III. S. 410. — Der Fall, wo ein Usufructuar den ihm zustehenden Usufruct verkauft, ist im Obigen nicht erwähnt, weil er in der hier zur Frage stehenden Beziehung eine ganz verschiedene Natur hat. Wenn eine Sache, an welcher ein Usufruct schon besteht, vernichtet oder gestohlen wird u. s. w., so stehen dem Usufructuar wegen seines Interesses die Delictsklagen größtentheils zu, und zwar in der Weise, daß er dasjenige, was er auf diese Weise erlangt, auch behalten kann, indem er nur sein eigenes Interesse, nicht das Interesse des Eigenthümers geltend macht. Hier treten die Delictsklagen also völlig an die Stelle des Rechts, welches (wenigstens dem Effect nach) übertragen werden sollte, und hier kann es daher nicht zweifelhaft sein, daß der Käufer einen Anspruch auf Cession der Klagen hat.

wir es nur mit solchen Fällen zu thun, wo in Ansehung des von dem Dritten verübten Delicts keinem der Contrahenten ein Verschulden zur Last fällt, der Miether aber doch in Folge einer besonderen Nebenverabredung zur Leistung des bedungenen Miethgeldes verpflichtet ist[37]). Es fragt sich, ob in diesen, gewiß sehr selten vorkommenden Fällen der Miether einen Anspruch auf Cession der Delictsklagen hat.

Aus dem zum ersten Beispiel Bemerkten geht hervor, daß der Miether eine völlige Abtretung der Delictsklagen auf keinen Fall verlangen kann. Jedenfalls könnte der Miether, dem die Benutzung der Sache während der verabredeten Zeit entgeht, nur verlangen, daß der Vermiether ihm dafür die Benutzung des Ertrages der Delictsklagen, falls er diesen vor Ablauf der Miethzeit erlangt, gewähre. Aber auch ein Anspruch der letzteren Art kann hier gewiß noch weniger angenommen werden, als im vorigen Fall. Während es da, wo eine Sache zum Behalten geleistet werden soll, als durchaus natürlich erscheint, daß der Sache die Klagen substituirt werden, erscheint die Substituirung eines anderen Benutzungsobjects der Natur des Miethvertrages durchaus nicht entsprechend. Bei dem Miethvertrage handelt es sich nämlich für den Miether ganz vorzugsweise um die Befriedigung von bestimmten Bedürfnissen, die durch die Benutzung der gemietheten Sache erreicht werden soll, die aber durch die zeitweilige Benutzung einer Geldsumme, wie des Ertrages der

---

37) Die Fälle, wo einem der Contrahenten in Ansehung des Delicts eine Culpa zur Last fällt, gehören nicht hieher. Fällt dem Vermiether ein Verschulden zur Last, so muß er den Miether entschädigen, und kann schon aus diesem Grunde nicht zur Cession der Delictsklagen genöthigt werden. Fällt dem Miether ein Verschulden zur Last, so trägt dieser allerdings die Gefahr. Der Miether hat in diesem Fall, wie oben ausgeführt ist, einen Anspruch auf Cession der Delictsklagen, wenn er auf Entschädigung verklagt wird; die actio furti steht ihm sogar unmittelbar zu. Diese Entscheidung kommt aber für die im Text angeregte Frage nicht in Betracht, weil der Miether, dem ein Verschulden zur Last fällt, dafür zu entschädigen hat, daß er die gemiethete Sache nicht restituirt, also dem Vermiether nicht zum Behalten zurückliefert. — Der Fall endlich, wenn wegen Zahlung des Miethgeldes für die Eventualität, daß die Präſtation des frui licere dem Vermiether ohne seine Schuld unmöglich wird, keine besondere Nebenverabredung abgeschlossen ist, kann hier nicht in Betracht kommen, weil nach den allgemeinen Rechtsregeln, die dann zur Anwendung kommen, in diesem Fall der Vermiether immer die Gefahr in Ansehung des von dem Dritten verübten Delicts trägt.

Delictsklagen, nicht erreicht werden kann. Dies ist beim Kaufcontract bei Weitem nicht in dem Maaße der Fall. Der Miether ist jedoch in dem angeführten Beispiel in gleicher Weise geschützt, wie in dem vorigen Beispiel der Käufer eines erst zu bestellenden Usufructs.

Ganz ebenso, wie in dem eben erwähnten Fall, wird die Entscheidung auch dann ausfallen müssen, wenn Jemand sich verpflichtet hat, eine Sache zum unentgeltlichen Gebrauch einem Anderen zu überlassen, und durch das Delict eines Dritten ohne seine Schuld an der Erfüllung dieser (nach heutigem Recht klagbaren) Obligation verhindert wird. Auch hier werden wir aus den bei dem Miether angeführten Gründen dem Gläubiger keinen Anspruch auf Benutzung des Ertrages der Delictsklagen einräumen können, obgleich er nach den gesetzlichen Regeln die Gefahr trägt.

---

§. 9.

Stellvertretendes commodum, welches durch Rechtsgeschäfte des Schuldners gewonnen wird.

Außer den Delicten dritter Personen werden in den Quellen noch Rechtsgeschäfte des Schuldners als Ereignisse erwähnt, bei welchen die im §. 7 aufgestellte Regel zur Anwendung kommt. Der hauptsächlichste Fall ist der, wenn der Schuldner den geschuldeten Gegenstand verkauft und durch Uebertragung des Eigenthums auf den Käufer sich außer Stand setzt, seine Verpflichtung zu erfüllen. Es fragt sich hier, ob der Gläubiger von dem Schuldner die Auszahlung des empfangenen Kaufpreises, oder, falls dieser noch nicht gezahlt ist, die Abtretung der Klage auf den Kaufpreis verlangen kann.

Nach der aufgestellten Regel kann der Gläubiger, wenn er in Ansehung des Rechtsgeschäfts die Gefahr trägt, das commodum, welches der Schuldner durch das Rechtsgeschäft erworben hat, verlangen, und der Schuldner kann in diesem Fall die Herausgabe desselben nicht verweigern; dagegen kann der Gläubiger das commodum nicht in Anspruch nehmen, wenn den Schuldner die Gefahr in Ansehung des Rechtsgeschäfts trifft.

Diese beiden Sätze finden wir denn auch wirklich auf das Ent-

schiedenste in den Quellen anerkannt. Besonders gilt dies von dem ersten Satze.

So kann z. B. mehreren Stellen zufolge, wenn ein Miteigenthümer, der den ihm gehörigen Theil an der gemeinschaftlichen Sache verkauft hat, nachher von dem anderen Miteigenthümer belangt ist, und die Folge des Processes darin besteht, daß die ganze Sache dem Kläger adjudicirt wird, — der Käufer die Summe in Anspruch nehmen, zu deren Zahlung der klagende Miteigenthümer dem Verkäufer condemnirt ist; und der Schuldner kann die Zahlung dieser Summe nicht verweigern [1]). Ebenso kann der Gläubiger, wenn die Sache in Folge des Theilungsprocesses reell getheilt wird, und der Verkäufer statt des von ihm verkauften intellectuellen Theils einen realen Theil erhalten hat, den letzteren in Anspruch nehmen [2]). In beiden Fällen wird vorausgesetzt, daß dem Verkäufer keine Schuld zur Last fällt, daß also der Gläubiger die Gefahr in Ansehung der Veräußerung trägt.

Ganz dasselbe wird für den Fall anerkannt, wenn der gutgläubige Beklagte nach der Litiscontestation durch eine Expropriation außer Stand gesetzt wird, das eingeklagte Grundstück zu leisten. Der Kläger kann hier die Expropriationssumme in Anspruch nehmen und muß sich damit begnügen [3]).

Diese Regel gilt aber nicht blos bei den sogenannten nothwendigen Veräußerungen, sondern auch dann, wenn der Schuldner durch eine freiwillige Veräußerung sich die Leistung unmöglich gemacht hat. Hier wird freilich gewöhnlich die Gefahr der Veräußerung den Schuldner treffen; wo dies aber ausnahmsweise nicht der Fall ist,

---

1) L. 7. §. 13. D. comm. div. (10. 3). L. 13. §. 17. D. de act. empti (19. 1). L. 78. §. 4. D. de jure dot. (23. 3).

2) L. 13. §. 17. i. f. D. de act. empti (19. 1).

3) L. 15. §. 2. D. de rei vind. (6. 1). Diese Stelle bezieht sich auf einen Fall, wo der Beklagte bonae fidei possessor war, und wo die Expropriation vor dem arbitratus judicis erfolgt ist. — Wäre der Beklagte malae fidei possessor gewesen, so hätte derselbe jedenfalls den wahren Werth des Grundstücks zahlen müssen, wenn der Kläger durch einen früheren Verkauf der Sache den Schaden der nachtheiligen Expropriation hätte von sich abwenden können; und dasselbe würde gelten, wenn die Expropriation erfolgt wäre zu einer Zeit, wo der Beklagte schon einer Säumigkeit in der Befolgung des arbitratus judicis sich schuldig gemacht hätte. Vergl. L. 15. §. 3. D. eodem.

kann der Gläubiger vom Schuldner das durch die Veräußerung erlangte commodum und nichts Anderes verlangen.

Demgemäß kann, wie in den Quellen anerkannt wird, der Deponent von dem Erben des Depositars, welcher die deponirte Sache in der Meinung, daß sie zur Erbschaft gehöre, verkauft hat, das pretium oder, falls dieses noch nicht beigetrieben ist, die Abtretung der Klage auf das pretium verlangen. Denn in diesem Fall trägt der Gläubiger die Gefahr [4]).

In gleicher Weise, wie die von uns aufgestellte Regel für den Fall anerkannt wird, wenn der Gläubiger die Gefahr trägt, wird sie in den Quellen auch für den anderen Fall anerkannt, wenn die Gefahr in Ansehung des Rechtsgeschäfts den Schuldner trifft. Daß der Gläubiger in dem letzteren Fall keinen Anspruch auf das commodum hat, wird von Paulus in der L. 21. D. de hered. vend. (18. 4) mit der größten Schärfe durchgeführt.

Der Verkäufer, der durch eine willkürliche dolose Veräußerung die Leistung des verkauften Gegenstandes sich unmöglich macht, muß dieserhalb entschädigen. Er trägt die Gefahr in Ansehung der Veräußerung, und deshalb kann der Gläubiger den Kaufpreis nicht in Anspruch nehmen. Paulus nimmt an, daß der Gläubiger selbst dann, wenn später die geschuldete Sache casuell zu Grunde geht (und zwar in einer Weise, wie es auch ohne die Veräußerung geschehen wäre), den Kaufpreis nicht in Anspruch nehmen kann, obgleich er in diesem Fall ein Interesse nicht geltend machen kann, da auch ohne die Veräußerung die Sache ihm entgangen wäre. Dies ist, wenn

---

4) L. 1. §. 47. L. 2. D. depositi (16. 3). Außerdem steht dem Gläubiger als Eigenthümer die rei vindicatio gegen den Käufer der deponirten Sache zu. Wenn er sich nicht mit dem Kaufpreis begnügen will, kann er diese Klage anstellen; alsdann kann er aber nicht zugleich von dem Erben des Depositars den Kaufpreis fordern. Wenn nun der Gläubiger die rei vindicatio anstellt, so trifft allerdings der Schaden den Schuldner, indem dieser nun zur Evictionsleistung verpflichtet ist. Dennoch muß man sagen, daß in dem oben gedachten Fall der Gläubiger die Gefahr in Ansehung des Rechtsgeschäfts trägt, indem die Frage, wer in einem obligatorischen Verhältniß die Gefahr trägt, allein aus der Art und Weise, wie sich das obligatorische Verhältniß in Folge des Ereignisses gestaltet, beantwortet werden muß. Der Depositar haftet aber dem Deponenten nicht ex deposito, wenn er ohne seinen Dolus (culpa lata) die facultas restituendi verloren hat.

wir lediglich die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, zu Grunde legen, völlig consequent. Denn die Gefahr der Veräußerung, durch welche der Schuldner das pretium erlangt hat, trug der Schuldner. Die Gefahr des späteren Ereignisses trug allerdings der Gläubiger; aber dieses Ereigniß hat nicht das commodum in das Vermögen des Schuldners gebracht [5]).

Ich glaube noch immer, daß das Resultat, zu welchem Paulus hier gelangt, daß nämlich der dolose Schuldner neben dem vom ersten Käufer erhaltenen Kaufpreis auch noch den Kaufpreis von Demjenigen, an den er die Sache später veräußert hat, behalten kann, also ein duplum als Lohn seines Dolus davon trägt, mit den Anforderungen der Gerechtigkeit im entschiedensten Widerspruch steht [6]). So viel geht aber aus unserer Stelle klar hervor, daß die Regel,

5) Paulus motivirt diese Entscheidung durch die Worte: „pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur, et sic sit, quasi alii non vendidissem: tibi enim rem debebam, non actionem.“ Der eigentliche Grund liegt nicht darin, daß der Gewinn kein lucrum ex re ist; denn so kann man den Gewinn, auch wenn der Gläubiger die Gefahr der negotiatio trägt, nicht wohl nennen; der Grund der Entscheidung liegt vielmehr darin, daß die negotiatio periculo debitoris erfolgt ist, wie dies auch durch die folgenden Worte sehr bestimmt hervorgehoben wird; hinter „negotiationem“ hat man hinzuzudenken: cujus periculum ad debitorem pertinet, oder Aehnliches. — Paulus hebt zugleich hervor, daß ein Anderes gelte, wenn der Schuldner vor dem Untergang der Sache in Mora versetzt sei. Dies ist nicht so zu verstehen, als ob der Gläubiger dann das commodum verlangen könnte, sondern es bezieht sich darauf, daß der Gläubiger in dem gedachten Fall trotz des casuellen Untergangs der Sache regelmäßig Entschädigung fordern kann.

6) S. meine Beiträge, Abth. I. §. 25. Note 16. — Ihering scheint in der oft angeführten Abhandlung nicht ganz dieser Meinung zu sein. Es zeigt sich daran, wie viel Bestechendes die strenge Consequenz hat, selbst wenn sie zu den unrichtigsten Resultaten führt. Auch Windscheid scheint die Unbilligkeit der Entscheidung nicht in gleichem Maaße anzuerkennen; s. die Heidelberger kritische Zeitschrift II. S. 134. — Zur Beruhigung der Richter mag übrigens bemerkt werden, daß sie nicht leicht in den Fall kommen werden, eine solche Entscheidung, wie sie in L. 21. D. cit. enthalten ist, zu fällen. Denn jedenfalls muß der Schuldner, der die geschuldete Sache dolose veräußert hat, um den Entschädigungsanspruch von sich abzuwenden, beweisen, daß die Sache auch ohne die Veräußerung untergegangen sein würde; — ein Beweis, der, wenn man es strenge damit nimmt, nicht leicht geführt werden kann.

welche wir für das stellvertretende commodum aufgestellt haben, in Beziehung auf die hier zur Frage stehenden Fälle auch nach dieser Seite hin von den Römern anerkannt wird.

Die eben ausgeführten Grundsätze kommen nicht blos dann zur Anwendung, wenn durch das Rechtsgeschäft die Leistung des hauptsächlichen Gegenstandes der Schuld dem Schuldner unmöglich geworden ist, sondern ebensowohl, wenn das vom Schuldner abgeschlossene Rechtsgeschäft die Leistung eines Nebengegenstandes unmöglich gemacht hat. Und zwar kommt es hierbei nicht darauf an, ob der Gläubiger die Nebensache in Folge eines besonderen Nebenvertrages oder in Folge der allgemeinen gesetzlichen Regeln verlangen konnte. Demgemäß wird es anerkannt, daß der Gläubiger statt der Früchte das pretium und nur dieses verlangen kann, wenn der Schuldner die Früchte hat verkaufen müssen, weil sie sonst verdorben wären [7]. Bei dieser Entscheidung wird nur vorausgesetzt, daß der Schuldner auch bei der Bewerkstelligung des Verkaufs sich keiner Culpa schuldig gemacht hat, indem sonst die Gefahr nicht den Gläubiger, sondern den Schuldner treffen würde.

So finden wir also die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, in Ansehung des durch Rechtsgeschäfte herbeigeführten commodum in den verschiedensten Anwendungen anerkannt. Doch fehlt es auch hier nicht an Ausnahmen.

Zunächst tritt eine Ausnahme von der aufgestellten Regel ein, wenn das Rechtsgeschäft, durch welches das commodum erworben ist, als negotiorum gestio für den Gläubiger angesehen werden kann. Diese Ausnahme wird in der L. 21. D. de hered. vend. (18. 4) ausdrücklich hervorgehoben. Auch sehen wir namentlich aus dieser Stelle, daß die römischen Juristen nicht gar zu ängstlich bei der Annahme einer negotiorum gestio waren. In vielen Fällen wird nun in Folge davon der Gläubiger die Wahl haben, ob er Entschädigung wegen der Sache oder das commodum aus dem Rechtsgeschäft in Anspruch nehmen will, indem der Gläubiger keineswegs in allen Fällen, in welchen der Gesichtspunkt der negotiorum gestio

7) L. 15. §. 1. D. de rei vind. (6. 1).

zulässig ist, auch gezwungen werden kann, das Rechtsgeschäft als für ihn abgeschlossen anzuerkennen [8]).

Eine zweite Ausnahme ist für den Fall anzunehmen, wenn das Rechtsgeschäft nach der Litiscontestation periculo debitoris abgeschlossen ist, indem man in diesem Fall dem Kläger ein Wahlrecht wird einräumen müssen. Dies ergiebt sich indirect aus der L. 17. §. 1. D. de rei vind. (6. 1), indem kein Grund vorliegt, dem Kläger das Wahlrecht in dem hier zur Frage stehenden Fall abzusprechen, wenn man es ihm in dem Fall der L. 17. §. 1. cit. einräumen muß (S. 99 ff.); außerdem läßt sich, wie ich glaube, das princ. der L. 17. D. cit. nur von dieser Ansicht aus befriedigend erklären. In L. 17. pr. cit. heißt es nämlich:

„Julianus libro sexto Digestorum scribit: si hominem, „qui Maevii erat, emero a Titio, deinde, cum eum Mae-„vius a me peteret, eundem vendidero eumque emptor „occiderit, aequum esse, me pretium Maevio restituere.“

Diese Worte beziehen sich offenbar auf einen Fall, wo der Beklagte nach der Litiscontestation die eingeklagte Sache veräußert hat, also die Gefahr der Veräußerung trägt. Ferner kann es nicht zweifelhaft sein, daß der später erfolgte Tod des Sclaven den Beklagten von der Verpflichtung zur Entschädigung nicht befreien kann, da derselbe, wie man den Umständen nach annehmen muß, ohne die Veräußerung nicht erfolgt wäre.

Jhering versteht nun unsere Stelle so, als ob in derselben blos von dieser Verpflichtung des Beklagten zur Entschädigung die Rede wäre, indem er sich darauf beruft, daß das Wort: pretium nicht nothwendig auf den Kaufpreis bezogen werden müsse, sondern ebensowohl zur Bezeichnung des Werthes des eingeklagten Objects (hier des Werthes, den dieses für den Kläger hat) dienen könne [9]).

Die letztere Bemerkung ist an sich richtig, wie ich auch an einem anderen Orte (Beiträge, Abtheilung II. S. 68 ff.) anerkannt habe.

---

8) Vergl. L. 3. C. arbitrium tut. (5. 51). Die specielle Entscheidung dieser Stelle läßt sich allerdings nicht ausdehnen; die Stelle ist aber nichtsdestoweniger durchaus brauchbar, den im Text aufgestellten Satz zu beweisen, der übrigens auch ohnedies nicht füglich bezweifelt werden könnte. — Dennoch wird dieser Satz von Manchen verkannt; so z. B. von Unterholzner, Schuldverhältnisse II. §. 470. Nr. VI.

9) Jhering, a. a. O. S. 70 ff.

Für die L. 17. pr. D. cit. läßt sich aber meiner Ueberzeugung nach kein Gebrauch davon machen. Denn wenn man diese Stelle unbefangen liest, so wird man das in derselben vorkommende Wort pretium nicht wohl anders, als auf den Kaufpreis beziehen können. Dafür spricht zunächst schon der ganze Zusammenhang, sodann, daß von einem restituere pretium die Rede ist, und endlich die Berufung auf die aequitas, die entschieden auffallend wäre, wenn es sich hier nur um die, durchaus nicht zu bezweifelnde Entschädigungsforderung handelte.

Ihering meint nun allerdings: von einer aequitas könne noch weniger die Rede sein, wenn man das Wort: pretium auf den Kaufpreis bezöge, indem es dem Kläger in den meisten Fällen zum Schaden gereichen würde, wenn er statt des Sachwerthes (richtiger: Interesses) nur den Kaufpreis verlangen könnte. Dieser Einwurf ist aber unbegründet. Dadurch, daß dem Kläger ein Anspruch auf Herausgabe des Kaufpreises eingeräumt wird, wird ihm der Anspruch auf das Interesse nicht abgesprochen. Daß er den letzteren Anspruch hat, versteht sich ganz von selbst; der Jurist will nur die (allein zweifelhafte) Frage erörtern, ob der Kläger auch berechtigt sei, statt des Interesse den Kaufpreis zu verlangen.

Die Schlußworte der L. 17. pr. D. cit. haben also den Sinn: es ist billig, daß ich den Kaufpreis dem Mävius herausgebe, vorausgesetzt, daß dieser ihn verlangt, und es nicht etwa vorzieht, das Interesse in Anspruch zu nehmen. Dies Letztere hier hinzuzudenken, hat um so weniger ein Bedenken, als man, wie oben (S. 99) ausgeführt ist, in dem §. 1 der L. 17, wo von dem Zwang zur Cession der actio legis Aquiliae die Rede ist, ganz dasselbe hinzuzudenken genöthigt ist.

Ebenso, wie bei den Delictsklagen, haben wir jetzt noch zu untersuchen, ob die so eben ausgeführten Grundsätze auch in Ansehung derjenigen Obligationen gelten, bei welchen ein Anspruch des Gläubigers auf das accessorische commodum, sofern dieses neben dem geschuldeten Gegenstand ein selbständiges Bestehen hat, nicht anerkannt wird. Wir können uns jedoch hier auf die Stipulation und die Vermächtnißforderung beschränken. Auf die Frage, ob der Gläubiger,

der nur einen Anspruch auf Benutzung der zu leistenden Sache hat, statt der Benutzung der Sache die Benutzung des durch ein Rechtsgeschäft erworbenen stellvertretenden commodum verlangen kann, brauchen wir hier nicht einzugehen. Ich trage kein Bedenken, hier dieselben Grundsätze anzunehmen, wie in Ansehung der Delictsklagen; und ich kann um so mehr auf das in dem vorigen Paragraphen (S. 104 ff.) Bemerkte Bezug nehmen, als es an Entscheidungen der Quellen völlig fehlt, mithin die allgemeinen Gründe entscheidend sein müssen, die für das durch Rechtsgeschäfte herbeigeführte stellvertretende commodum zu demselben Resultat führen, wie für dasjenige commodum, auf welches die Erörterungen des vorigen Paragraphen sich beziehen.

Was die Stipulation anbetrifft, so ist ohne Zweifel als Regel anzunehmen, daß der Stipulator selbst dann, wenn die Leistung der geschuldeten Sache durch eine nothwendige Veräußerung unmöglich gemacht worden war, keinen Anspruch auf das durch diese Veräußerung gewonnene commodum hatte. Dafür sprechen auch die Schlußworte der L. 7. §. 13. D. communi div. (10. 3).

In dieser bereits mehrfach benutzten Stelle wird zuerst bemerkt, daß der Miteigenthümer, der seinen Theil verkauft hat, wenn er vor der Erfüllung des Kaufcontracts mit der actio communi dividundo verklagt ist, und ihm im Theilungsproceß die ganze Sache adjudicirt wird, die ganze Sache leisten müsse, und ferner, daß der Verkäufer, wenn dem Gegner die ganze Sache adjudicirt wird, die ihm vom Richter zugebilligte Entschädigungssumme an den Gläubiger zu zahlen habe. Sodann wird am Schluß der Stelle hinzugefügt: „Haec eadem et in mandato ceterisque hujus generis judiciis servantur.“

Aus diesen Schlußworten dürfte hervorgehen, daß die oben erwähnten Grundsätze für die stricti juris judicia, namentlich also für die actio ex stipulatu nicht anerkannt wurden. Der Grund davon kann aber nicht darin liegen, daß der Schuldner hier in allen Fällen einer Veräußerung des geschuldeten Gegenstandes zur Entschädigung verpflichtet gewesen sei, also immer die Gefahr in Ansehung der Veräußerung getragen habe, sondern allein in der Natur der actio ex stipulatu. In der That entspricht es auch durchaus der strengen Natur der Stipulation, daß hier eine derartige Substituirung eines anderen Leistungsobjects nicht zugelassen wurde. Doch werden wir uns, wenn wir auch keine Entscheidungen darüber in den

Quellen finden, schwerlich irren, wenn wir annehmen, daß bei denjenigen Stipulationen, bei welchen eine freiere Behandlung stattfand, also namentlich bei den Stipulationen mit doli clausula ein Anderes galt.

Daß bei dem Damnationslegat wenigstens nach dem älteren Recht dieselben Grundsätze galten, wie bei der Stipulation, ist sehr wahrscheinlich. Dagegen ist bei den Fideicommissen dies nicht anzunehmen; vielmehr werden wir hier dem Gläubiger für den Fall, wenn er die Gefahr trägt, einen Anspruch auf das durch Rechtsgeschäfte herbeigeführte stellvertretende commodum einräumen müssen.

Was die Universalfideicommisse betrifft, so hatte der Fiduciar bis zur Restitution die Verwaltung der Erbschaft, und es wird ausdrücklich gesagt, daß er dem Fideicommissar verantwortlich sei, wenn er culposer Weise Sachen nicht veräußert habe, die er hätte veräußern sollen [10]). Diese Bestimmung hätte keinen Sinn, wenn der Fideicommissar im Fall der Vornahme einer solchen Veräußerung keinen Anspruch auf den durch die Veräußerung erlangten Preis gehabt hätte.

Wenn der Belastete willkürlich eine vermachte Sache veräußert, so ist er der Regel nach zur Entschädigung verpflichtet, selbst wenn er von dem Vermächtniß nichts wußte und ihm in keiner Weise eine Culpa zur Last gelegt werden kann [11]). Eben deshalb kann in diesen Fällen von einem Anspruch des Vermächtnißnehmers auf das commodum im Allgemeinen nicht die Rede sein. In einer Stelle wird jedoch aus Gründen der Billigkeit der Belastete von der Verpflichtung zur Entschädigung entbunden, und statt dessen dem Fideicommissar ein Anspruch auf den Kaufpreis eingeräumt [12]). Wir sehen daraus, daß an sich bei den Fideicommissen der Anwendung der für das stellvertretende commodum geltenden Regel nichts entgegenstand.

Diese Entscheidungen rechtfertigen es meiner Meinung nach, die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, insoweit sie sich auf das stellvertretende commodum bezieht, nicht blos bei den auf Restitution gerichteten Obligationen und bei den Obli-

---

10) L. 22. §. 3. D. ad S. C. Trebell. (36. 1).

11) S. meine Beiträge zum Obligationenrecht, Abth. I. S. 253 ff.

12) L. 89. §. 7. D. de legatis 2 (31).

gationen, welche auf Leistung eines dem Gläubiger bisher fremden Gegenstandes gerichtet sind und auf einer causa onerosa beruhen, zur Anwendung zu bringen, sondern auch bei den auf einer lucrativen causa beruhenden Obligationen der letzteren Art. Dafür sprechen entschieden auch die inneren Gründe.

In dem Bisherigen haben wir nur solche Fälle besprochen, in welchen das Rechtsgeschäft, durch welches der Schuldner den Gewinn erlangt hat, zugleich auch die Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hat. Ist der Gewinn durch ein Rechtsgeschäft gemacht, welches keinen Einfluß auf die Erfüllung der Obligation hat, so kann von einer Gefahr, die der Gläubiger in Ansehung des Rechtsgeschäfts trägt, nicht die Rede sein; und deshalb kann der Gläubiger auch den durch ein solches Rechtsgeschäft vom Schuldner gemachten Gewinn nicht in Anspruch nehmen.

Dies wird auch von Ihering ausdrücklich hervorgehoben [13]), und an einem Beispiel erläutert, welches hier gleichfalls benutzt werden mag. Das Beispiel ist folgendes. Nachdem A. mir 100 versprochen hat für den Fall, daß meine Sache untergehen würde, ist diese Sache von mir an B. verkauft und darauf ohne meine Schuld von C. vernichtet. Wenn wir hier von den Grundsätzen des neueren Rechts über die Versicherungsverträge absehen, von welchen unten die Rede sein wird, so kann die Entscheidung nicht anders ausfallen, als dahin, daß B. nur die Cession der gegen den C. begründeten actio legis Aquiliae verlangen kann. Die Cession der Klage gegen A. kann er nicht fordern, wenn ihm nicht im Kaufcontract ein eventuelles Recht auf Cession dieser Klage eingeräumt ist. Die Klage gegen den A. kann nämlich nicht als eine Folge des später eingetretenen Ereignisses, wodurch dem Verkäufer die Leistung unmöglich gemacht ist, angesehen werden. Denn, wenn auch die Verpflichtung des A. zur Zahlung der 100 mit diesem Ereigniß in Verbindung steht, so ist doch nicht das Ereigniß selbst, sondern das früher abgeschlossene Rechtsgeschäft der Grund der Verpflichtung; dieses Rechtsgeschäft hat

---

13) Ihering a. a. O. S. 53.

aber die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung in keiner Weise veranlaßt.

Hiervon kommt jedoch eine Ausnahme vor bei der cautio damni infecti. Wenn der Verkäufer (oder sonstige Schuldner) eines Hauses sich von dem Nachbar die cautio damni infecti hat bestellen lassen, und nun durch einen Einsturz des Nachbarhauses das verkaufte Haus beschädigt wird, so muß er, wie in L. 13. §. 12. D. de act. empti (19. 1) erklärt wird, dem Gläubiger die Klage aus der cautio damni infecti cediren. Dies wird nicht etwa auf den Fall beschränkt, wo der Schuldner nach Abschließung der Obligation sich die cautio hat bestellen lassen (ein Fall, in welchem der Gesichtspunkt der negotiorum gestio klar zu Tage liegen würde); vielmehr müssen wir es auch annehmen für den Fall, wo die cautio damni infecti vor der Abschließung des Kaufcontracts von dem Nachbar bestellt war.

Diese Ausnahme läßt sich auf eine doppelte Weise erklären, und in der That halte ich beide Erklärungen für richtig.

Zunächst kann man sich darauf berufen, daß die cautio damni infecti nicht ein Versprechen ist, welches der Eigenthümer des gefahrdrohenden Hauses willkürlich leisten oder verweigern kann. Er ist genöthigt, die cautio zu leisten, wenn er sich nicht sehr erheblichen Nachtheilen aussetzen will. So ist denn die cautio damni infecti eigentlich nur eine Form, in welche der Prätor die von ihm anerkannte Verpflichtung des Nachbars zur Entschädigung eingekleidet hat. Nur formell erscheint das Rechtsgeschäft als Grund der angegebenen Verpflichtung; materiell bildet die Beschädigung durch die Sache des Verpflichteten den Grund derselben. Wenn man also die Klage auf Entschädigung als ein commodum des Ereignisses, welches die theilweise Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hat, ansieht, und demnach dem Käufer ein Recht auf Cession dieser Klage giebt, so folgt man nur demjenigen, was der materiellen Seite des Verhältnisses entspricht.

Die Sache läßt sich jedoch auch auf eine andere Weise erklären, die gleichfalls begründet ist. Der Verkäufer ist verpflichtet, jede Culpa zu präſtiren. Will er dieser Verpflichtung genügen, so muß er, falls vom Nachbarhause Gefahr droht, sich die cautio damni infecti bestellen lassen. Wenn er dies unterließe, würde er einer Culpa sich schuldig machen [14]). Es versteht sich hierbei ganz von selbst, daß er

14) L. 18. §§. 8. 9. L. 38. pr. D. de damno infecto (39. 2).

nur im Interesse des Käufers in diesem Fall sich die cautio damni infecti bestellen lassen kann; denn er selbst ist ja, so wie er für die Bestellung der cautio damni infecti gesorgt hat, von jeder Haftung frei, und hat nunmehr gar kein Interesse daran, ob das Nachbarhaus einstürzt oder nicht. Ist also die cautio damni infecti nach der Abschließung des Kaufcontracts bestellt, so muß der Verkäufer, wie sich aus dem Angeführten ergiebt, die Klage aus derselben cediren. Es ergiebt sich aber aus den angegebenen Grundsätzen eben dasselbe für den Fall, wenn der Verkäufer vor Abschluß des Kaufcontracts sich die cautio damni infecti hat bestellen lassen. Denn wenn er dies nicht gethan hätte, so hätte er die Caution jetzt noch sich bestellen lassen müssen; nur dadurch, daß die Caution früher bestellt ist, wird der Verkäufer seiner Verpflichtung enthoben, nach Abschließung des Kaufcontracts für Bestellung der Caution Sorge zu tragen [15].

Eine fernere Ausnahme von dem oben (S. 116) aufgestellten Grundsatz wird, wenigstens in einigen neueren Gesetzgebungen, bei den heutzutage so wichtigen Versicherungsverträgen gemacht; doch beruht diese auf einem anderen Grunde.

Die Frage, ob der Gläubiger, wenn die ihm geschuldete Sache vom Schuldner versichert ist und später ein Unglücksfall eintritt, in Ansehung dessen er (der Gläubiger) die Gefahr trägt, einen Anspruch auf die Versicherungssumme erheben kann, kann in Beziehung auf die verschiedensten Obligationen aufgeworfen werden; ich will mich jedoch zunächst auf den Fall des Kaufcontracts beschränken.

Wenn der Verkäufer einer Sache dieselbe nach Abschließung des Kaufcontracts versichert hat, so ist im Zweifel anzunehmen, daß er den Versicherungsvertrag im Interesse des Käufers, als dessen

---

15) Ihering a. a. O. S. 26 ff. erklärt die L. 13. §. 12. D. de act. empti (19. 1) auf andere Weise; nämlich daraus, daß der Verkäufer vermöge seines Eigenthums die cautio damni infecti vom Nachbar fordern könne, und daß hier die Thätigkeit des Verkäufers nur die Bedeutung habe, ein durch die Sache selbst gegebenes Recht zu realisiren. Hierin liegt meiner Meinung nach ein doppelter Irrthum. Erstens betrachtet Ihering die Klage aus der Caution als ein zum geschuldeten Gegenstand hinzutretendes commodum, was sie nicht ist. Und sodann zweitens benutzt er die L. 13. §. 12. D. cit., um daraus einen Grundsatz für das accessorische commodum abzuleiten, der meiner Meinung nach zu weit geht.

negotiorum gestor, abgeschlossen hat. Der Käufer wird hier schon nach den allgemeinen Regeln, wenn der Unglücksfall, gegen den die Versicherung abgeschlossen ist, später eintritt, einen Anspruch auf die Versicherungssumme erheben können. Anders steht es dagegen, wenn der Schuldner den Versicherungsvertrag zu einer Zeit abgeschlossen hat, wo er die Sache noch nicht verkauft hatte, und wenn er auch in dem später abgeschlossenen Kaufcontract dem Käufer kein eventuelles Recht auf die Versicherungssumme eingeräumt hat.

Wenn nun der Versicherungsvertrag ebenso aufzufassen wäre, wie die bedingte Stipulation einer Geldsumme, so würde in dem letzteren Fall dem Käufer im Allgemeinen kein Anspruch auf die Versicherungssumme eingeräumt werden können [16]; und es würde dann auch schwerlich irgend eine neuere Gesetzgebung die Regel aufgestellt haben, daß dem Käufer ein solcher Anspruch zustehe. In der That hat aber der heutige Versicherungsvertrag eine wesentlich andere Natur, und daraus dürfte es sich erklären, daß in einigen neueren Gesetzgebungen die aufgeworfene Frage in einer anderen Weise entschieden wird.

---

16) Ich sage: im Allgemeinen würde ein Anspruch des Käufers auf die Versicherungssumme nicht anzuerkennen sein. Ausnahmsweise würde man allerdings selbst bei dieser Auffassung dem Käufer einen solchen Anspruch einräumen müssen, nämlich dann, wenn der Fall ein solcher ist, daß der Verkäufer, wenn er den Gegenstand nicht vorher schon versichert hätte, ihn nach der Abschließung des Kaufcontracts im Interesse des Verkäufers hätte versichern müssen, um den Vorwurf einer Culpa von sich abzuwenden. Diese Ausnahme ergiebt sich aus Demjenigen, was in Beziehung auf die cautio damni infecti bemerkt ist. — Eine fernere Ausnahme würde für die Fälle gelten müssen, wo eine gesetzliche Verpflichtung besteht, die Sache, um die es sich handelt, zu versichern, wie das in Ansehung der Häuser vielfach der Fall ist. Durch eine solche gesetzliche Vorschrift soll dafür gesorgt werden, daß nicht, falls ein Haus abbrennt, der Platz wegen Unvermögens oder Unlust des Eigenthümers unbebaut bleibe. Dieser Zweck kann aber nur erreicht werden, wenn dem Käufer, der die Gefahr trägt, die Versicherungssumme zugewiesen wird. Dazu kommt, daß, wo eine solche gesetzliche Verpflichtung besteht, in der That die jährliche Zahlung der Versicherungsprämie freilich nicht als eine Reallast, aber doch als eine mit dem Eigenthum nothwendig verbundene Abgabe betrachtet werden muß, die eben deshalb der Käufer vom Augenblick der Abschließung des Contracts an zu tragen hat. Hat er aber von diesem Zeitpunkt an die Abgabe zu tragen, so muß er auch eventuell einen Anspruch auf die Versicherungssumme haben.

Die Versicherungssumme wird nämlich schlechthin als eine Entschädigung aufgefaßt, und der Versicherte kann dieselbe nur fordern, wenn und insoweit er durch den Unglücksfall wirklich einen Schaden erlitten hat. Wenn also der Versicherte nach geschehener Versicherung die versicherte Sache verkauft und das Eigenthum an derselben auf den Käufer überträgt, so steht so viel fest, daß der ursprünglich Versicherte, wenn nachher ein Unglücksfall eintritt, die Versicherungssumme nicht für sich in Anspruch nehmen kann, da er keinen Schaden erlitten hat. Soll der Versicherer nicht von der Verpflichtung zur Zahlung der Versicherungssumme ganz befreit sein, so muß der Anspruch auf dieselbe dem neuen Eigenthümer zugesprochen werden. Ganz dasselbe muß aber auch dann gelten, wenn die versicherte Sache zur Zeit des Unglücksfalls verkauft, aber noch nicht tradirt war, insofern der Käufer die Gefahr des Unglücksfalls trägt. Denn auch dann hat der Unglücksfall dem Verkäufer, der den Versicherungsvertrag abgeschlossen hat, keinen Schaden gebracht [17]).

Nach gemeinem Recht wird man dessenungeachtet, wenn nicht der Versicherer darin eingewilligt hat, daß die Versicherung auf den Käufer übergehe, dem Letzteren im Allgemeinen einen Anspruch auf die Versicherungssumme nicht wohl einräumen können, indem der Versicherer sich nur dem ursprünglich Versicherten gegenüber verpflichtet hat. Es erklärt sich aber aus den angegebenen Gründen, daß in einigen neueren Gesetzgebungen der eventuelle Anspruch auf die Versicherungssumme als ein Anspruch betrachtet wird, der mit dem Eigenthum an der versicherten Sache in der Weise verbunden ist, daß er nicht nur dem Erben des ursprünglich Versicherten, sondern auch dem Singularsuccessor desselben zugesprochen wird [18]). Abgesehen von

---

17) Ich sehe hier von dem Fall ab, wo der Verkäufer in dem Kaufcontract die Cession des Anspruchs auf die Versicherungssumme versprochen hat für den Fall, daß die Sache vor der Tradition untergehen würde. Hat der Verkäufer ein solches Versprechen geleistet, dann hat er allerdings ein Interesse, trotzdem, daß der Käufer im Allgemeinen die Gefahr der Unglücksfälle trägt.

18) So wird im preußischen Landrecht II. Titel 8. §. 2163 (allerdings ausdrücklich nur mit Beziehung auf Versicherungen gegen Feuersgefahr) bestimmt: „Eine Veränderung in der Person des Eigenthümers ändert nichts in der Versicherung, wenn nicht damit zugleich eine Veränderung des Orts oder der Aufsicht oder der Art der Aufbewahrung oder der Nachbarschaft verbunden ist.“ Nach den ersten Worten muß man annehmen, daß dem neuen Eigenthümer der Regel nach ein Anspruch auf die Versicherungs-

dem Fall, wo der neue Eigenthümer erklärt hat, daß er mit der Versicherung nichts zu thun haben wolle, geht die Versicherung, wo der eben erwähnte Grundsatz angenommen ist, nur dann nicht auf den neuen Eigenthümer über, wenn der Versicherer nach dem Inhalte des Vertrages die Versicherung ausdrücklich nur mit Beziehung auf den ursprünglich Versicherten selbst übernommen hat [19]), sowie ferner, wenn mit dem Uebergang des Eigenthums zugleich Veränderungen in Ansehung der Verhältnisse der versicherten Sache eintreten, welche von Einfluß sind auf die vom Versicherer übernommene Gefahr [20]). In den zuletzt gedachten Fällen bedarf es immer einer Zustimmung des Versicherers, damit die Versicherung auf den neuen Eigenthümer übergehe.

Gehen wir aber davon aus, daß der eventuelle Anspruch auf

---

summe zusteht; in dieser Weise werden die gedachten Worte auch in den Motiven zu dem Entwurf des Handelsgesetzbuches verstanden, welchen die Königlich Preußische Regierung der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs vorgelegt hat. S. die Motive zum Art. 343 des Entwurfs. — Derselbe Grundsatz findet sich ausgesprochen in dem holländischen Handelsgesetzbuch, Artikel 623; während das englische Recht nach der Anführung von Beneke in seinem System des Assecuranz- und Bodmereiwesens, Band IV. S. 533 die Uebertragung der Versicherung auf den neuen Eigenthümer immer von der Genehmigung des Versicherers abhängig macht. — Der vorher erwähnte preußische Entwurf, Art. 343, stellt im Allgemeinen die Regel auf, daß die Versicherung dem neuen Eigenthümer nicht zu Gute komme, wenn der Versicherer nicht in den Uebergang der Versicherung einwillige; nur dann wird auch ohne Einwilligung des Versicherers ein Uebergang der Versicherung auf den neuen Eigenthümer angenommen, wenn der Versicherte keinen Einfluß auf die Gefahr haben kann, wie z. B. bei der Hagelversicherung.

19) Diese, im holländischen Handelsgesetzbuch ausdrücklich erwähnte Ausnahme wird in dem preußischen Landrecht nicht besonders hervorgehoben; sie versteht sich aber in der That von selbst. — Wo die Statuten der Versicherungsgesellschaft die Bestimmung enthalten, daß die Fortdauer der Versicherung, wenn während der Versicherungszeit ein Wechsel des Eigenthümers der versicherten Gegenstände eintritt, von der Zustimmung der Versicherungsgesellschaft abhängt, da ist selbstverständlich jede mit dieser Gesellschaft abgeschlossene Versicherung in dem oben gedachten Sinne aufzufassen. Eine solche Bestimmung findet sich aber nicht selten; so z. B. in der Verfassung der Gothaer Feuerversicherungsbank §. 50, in den allgemeinen Bedingungen für die Versicherung bei dem deutschen Phönix, Art. 8.

20) Diese Ausnahme ist in der, Note 18 abgedruckten Stelle des preußischen Landrechts besonders hervorgehoben.

die Versicherungssumme in einer solchen Verbindung mit dem Eigenthum an der versicherten Sache steht, so müssen wir consequenterweise annehmen, daß der Käufer auch dann, wenn der Unglücksfall, gegen den die Sache versichert ist, vor der Tradition eintritt, und wenn er in Ansehung desselben die Gefahr trägt, vom Verkäufer Cession des Anspruchs auf die Versicherungssumme verlangen kann [21]).

Dieselben Grundsätze sind anzunehmen bei den übrigen Obligationen, die auf Leistung eines dem Gläubiger bisher fremden Gegenstandes gerichtet sind.

Bei den Obligationen auf Restitution wird im Allgemeinen, wenn der zur Restitution verpflichtete Schuldner den Versicherungsvertrag abschließt, anzunehmen sein, daß er die Versicherung im Interesse des Gläubigers abgeschlossen habe [22]). Eine Ausnahme tritt namentlich dann ein, wenn der Schuldner die Versicherung nur mit Beziehung auf sein eigenes Interesse abgeschlossen hat, also nur für den Fall, daß ein Unglücksfall eintreten sollte, rücksichtlich dessen er in Folge der Bestimmungen des Vertrages die Gefahr übernommen hat. In dem letzten Fall kann natürlich von einem Anspruch des Gläubigers auf die Versicherungssumme nicht die Rede sein [23]).

Bisher ist nur von dem Fall gesprochen, wo der Schuldner die Versicherung abgeschlossen hat. Wenn die Versicherung vom Gläubiger abgeschlossen ist, so macht die Entscheidung keine Schwierigkeit, indem hier der Gläubiger ohne Weiteres aus dem Versicherungsvertrage gegen den Versicherer klagen kann. Es könnte sich nur fragen,

---

21) Dies wird auch in dem Artikel 343 des neuen preußischen Entwurfs mit Recht anerkannt. S. auch die Motive zu dem citirten Artikel.

22) Dies ist auch anerkannt in zwei Entscheidungen des Kieler Oberappellationsgerichts, welche sich in Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. VI. Nr. 180 und 194 mitgetheilt finden. — Bei den Condictionen verhält sich die Sache allerdings zum Theil anders. Wenn der Empfänger eines indebitum die erhaltene Sache versichert, so kann man ihn selbstverständlich nicht als negotiorum gestor des Gläubigers betrachten. Die Entscheidung ist hier aber aus anderen Gründen ohne Schwierigkeit. Wenn der Unglücksfall, gegen den die Versicherung abgeschlossen ist, vor der Restitution sich ereignet, so muß der Empfänger die Versicherungssumme herausgeben, insoweit er dadurch noch bereichert ist, weil die condictio indebiti auf die ganze Bereicherung geht. Ereignet sich der Unglücksfall nach der Restitution, so kommt das zur Geltung, was über den Uebergang der Versicherung im Fall einer Eigenthumsveränderung bemerkt ist.

23) S. über diesen Fall auch Beneke a. a. O. Bd. I. S. 208 ff.

ob nicht der Schuldner, falls er in Ansehung des eingetretenen Unglücksfalls die Gefahr trägt, vom Gläubiger die Cession des Anspruchs auf die Versicherungssumme verlangen kann, wenn der Gläubiger gegen ihn auf Entschädigung klagt. Dies ist jedoch im Allgemeinen zu läugnen. Der Versicherer ist nämlich nur verpflichtet, dem Gläubiger den wirklich erlittenen Schaden zu erstatten. Er haftet demnach nicht, wenn der Gläubiger die volle Entschädigung vom Schuldner erhalten hat; und umgekehrt kann der Versicherer, wenn der Gläubiger von ihm die Versicherungssumme fordert, die Cession der Klage gegen den Schuldner verlangen [24]).

In diesem und dem vorigen Paragraphen ist gezeigt, bei welchen Obligationen das in dem §. 7 für das stellvertretende commodum aufgestellte Princip zur Anwendung gebracht werden kann, und wie dasselbe in den einzelnen Fällen der Anwendung sich gestaltet. Zum Schluß möge es mir jetzt noch verstattet sein, einige Worte über die Frage hinzuzufügen, ob dieses Princip sich auch nach allen Seiten hin rechtfertigen läßt.

Daß der Gläubiger in den Fällen, in welchen er die Gefahr in Ansehung des nachtheiligen Ereignisses trägt, das commodum in Anspruch nehmen kann, erscheint als so natürlich, daß es einer besonderen Rechtfertigung nicht bedarf. Ebenso rechtfertigt es sich durchaus, daß der Gläubiger in den Fällen, in welchen der Schuldner die Gefahr trägt, diesem das commodum lassen, oder falls es ihm (dem Gläubiger) zunächst zugefallen ist, herausgeben muß, wenn er von dem Schuldner die Entschädigung verlangt. Dagegen läßt es sich meiner Meinung nach nicht rechtfertigen, daß dem Gläubiger in den Fällen, in welchen der Schuldner in Ansehung des nachtheiligen Ereignisses die Gefahr trägt, nicht allgemein das Recht einge-

---

24) Dies wird auch besonders hervorgehoben in der Verfassung der Gothaer Feuerversicherungsbank §. 57, ebenso in den allgemeinen Bedingungen für die Versicherung beim deutschen Phönix, Artikel 17. — Der Anspruch des Versicherers auf Cession ergiebt sich jedoch schon aus der Natur des Versicherungsvertrages.

räumt ist, zwischen der Entschädigung und dem stellvertretenden commodum zu wählen.

In einigen Fällen ist dem Gläubiger allerdings die Wahl zugestanden. In anderen Fällen stellt sich, wie wir im §. 8. gesehen haben, das Verhältniß praktisch so, daß der Gläubiger die Wahl hat. Meiner Meinung nach hätte man aber hier weiter gehen sollen.

Der in den Quellen anerkannte Grundsatz kann die Folge haben, daß der Gläubiger einem dolosen Schuldner gegenüber in einer schlechteren Lage sich befindet, als in dem Fall, wo der Schuldner sich keines Versehens schuldig gemacht hat. Diese Folge wäre durch Einräumung des Wahlrechts vermieden. Auch würde der Schuldner sich über eine solche Bestimmung nicht beschweren können. Dem culposen und dolosen Schuldner widerfährt keine Ungerechtigkeit, wenn er im praktischen Erfolg so behandelt wird, wie derjenige Schuldner, welcher keiner Culpa sich schuldig gemacht hat; so aber würde er behandelt, wenn der Gläubiger statt der Entschädigung das commodum wählte.

Wäre der Grundsatz in der von uns angegebenen Weise aufgestellt, dann würde auch eine, jedem gesunden Rechtsgefühl so widersprechende Entscheidung, wie diejenige, welche wir in der L. 21. D. hered. vend. (18. 4) finden, ausgeschlossen gewesen sein. Aber gerade, daß das von den römischen Juristen aufgestellte Princip in seinen Consequenzen zu einer solchen Entscheidung führt, ist ein Beweis für die Mangelhaftigkeit desselben.

---

§. 10.

Anhang: über den Anspruch des Gläubigers auf die von dem Schuldner gezogenen Mieth- und Pachtgelder.

Die Mieth- und Pachtgelder, welche der Schuldner durch eine Vermiethung oder Verpachtung der geschuldeten Sache gewinnt, stellen sich auf den ersten Anblick durchaus als ein commodum dar, welches zu dem geschuldeten Gegenstande hinzutritt. Dennoch haben wir in dem §. 5, wo der Umfang, in welchem das accessorische commodum zu leisten ist, festgestellt wurde, die Erörterung über die Frage, ob der Gläubiger die von dem Schuldner gezogenen Mieth- und Pachtgelder

in Anspruch nehmen könne, ausgesetzt, und wenden uns erst jetzt dazu, nachdem wir in den vorhergehenden Paragraphen die Grundsätze, welche in Ansehung des stellvertretenden commodum gelten, angegeben haben. Der Grund, weshalb wir diese Anordnung getroffen haben, liegt in der Natur der Pachtgelder.

Die Pachtgelder erscheinen bei einer oberflächlichen Betrachtung allerdings nur als ein accessorisches commodum. Jhering hat jedoch mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß die Pachtgelder keineswegs diese Natur haben, sondern vorzugsweise als ein Aequivalent für die Früchte zu betrachten sind [1]. Da nun die in den vorigen Paragraphen erörterten Grundsätze, wie wir oben (S. 111) gesehen haben, nicht blos für das commodum gelten, welches an die Stelle des hauptsächlichen Gegenstandes der obligatorischen Leistung tritt, sondern eben so sehr für das an die Stelle eines Nebengegenstandes tretende commodum, so ist es klar, daß wir auf die Frage, inwiefern der Gläubiger einen Anspruch auf die Pachtgelder hat, nicht früher eingehen konnten.

Dieser Gesichtspunkt paßt nur für die eigentliche Pacht, nicht für dasjenige Geschäft, welches wir jetzt vorzugsweise mit dem Ausdruck: Miethe bezeichnen, indem hier natürliche Früchte, an deren Stelle die Miethgelder treten könnten, nicht vorhanden sind. Wenn dennoch in den Quellen auch bei der Vermiethung von einem Tragen der Gefahr in Ansehung dieses bestimmten Rechtsgeschäfts gesprochen wird, so bezieht sich dies darauf, daß die Vermiethung möglicherweise den Untergang oder die Beschädigung der vermietheten Sache selbst zur Folge haben kann, so z. B. wenn ein Schiff vermiethet ist, und in Gemäßheit des Miethcontracts über See geschickt wird. Um deswillen kann man aber die Miethgelder nicht als ein stellvertretendes commodum ansehen, worauf die für diese Art des commodum geltenden Regeln anzuwenden wären. Denn man kann niemals sagen, daß das eingenommene Miethgeld, wenn die geschuldete Sache in Folge der Vermiethung zu Grunde geht, gewissermaßen an die Stelle der Sache trete, indem es ja nur ein Aequivalent für die Benutzung der Sache, nicht für die Sache selbst ist; und eben so wenig kann man sagen, daß dasjenige Ereigniß, welches die Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Hauptsache herbeigeführt hat, zugleich

---

1) Jhering, Abhandlungen S. 64.

auch das commodum gebracht hat. Denn die Vermiethung der Sache ist es nicht, die den Untergang der geschuldeten Sache herbeigeführt hat, sondern das ist immer ein anderes Ereigniß. Die Vermiethung ist nur der Grund, daß dieses andere Ereigniß die geschuldete Sache hat betreffen können.

Dessenungeachtet schließen wir die Erörterung über die Miethgelder hier an; und dies hat um so weniger Bedenken, als, wie wir unten sehen werden, auch für die Pachtgelder wegen der besonderen hierbei obwaltenden Verhältnisse die für das stellvertretende commodum geltende Regel fast ganz in den Hintergrund tritt.

Im Nachfolgenden müssen wir aber zwei Fälle unterscheiden, den Fall, wo das Rechtsgeschäft von dem Schuldner nach der Begründung des obligatorischen Verhältnisses, und den Fall, wo es vor der Begründung des obligatorischen Verhältnisses abgeschlossen ist.

Bei der Untersuchung über diese Fälle schließen wir selbstverständlich die Fälle aus, wo der Schuldner ein Recht auf die vollständige Benutzung der Sache hatte; hier kann selbstverständlich von einer Verpflichtung des Schuldners zur Herausgabe der von ihm eingenommenen Mieth- oder Pachtgelder nicht die Rede sein, wenn er, statt die Sache persönlich zu benutzen, dieselbe für die Zeit, wo ihm die Benutzung zustand, vermiethet oder verpachtet hat. Nur für die spätere Zeit kann eine solche Verpflichtung möglicherweise begründet sein.

Betrachten wir zuerst die Fälle, wo der Schuldner nach der Begründung des obligatorischen Verhältnisses die Sache vermiethet oder verpachtet hat, so kann dem oben Bemerkten zufolge der Gläubiger immer die Mieth- und Pachtgelder in Anspruch nehmen, wenn die Abschließung des Rechtsgeschäfts als eine negotiorum gestio für den Gläubiger angesehen werden kann. Dies ist nun allgemein der Fall bei allen denjenigen Obligationen, welche den Schuldner verpflichten, positiv im Interesse des Gläubigers thätig zu sein, wie bei dem Mandat, der Vormundschaft u. s. w. Aber auch abgesehen davon ist der gedachte Gesichtspunkt in einem sehr weiten Umfange anwendbar, indem zur Begründung der actio negotiorum gestorum directa nicht erforderlich ist, daß der Geschäftsführer den animus negotia gerendi gehabt hat [2].

---

2) Bei den Obligationen, welche auf Herausgabe der ganzen Bereicherung gehen, wie bei der condictio indebiti, ergiebt sich der Anspruch des Gläu-

Der Gläubiger kann in den Fällen, in welchen der Gesichtspunkt der negotiorum gestio anwendbar ist, immer die vom Schuldner eingenommenen Pacht- und Miethgelder (beziehungsweise die Abtretung der actio locati) verlangen; unter Umständen wird er aber nicht genöthigt sein, die Geschäftsführung des Schuldners und den von demselben abgeschlossenen Contract anzuerkennen. In dem letzteren Fall hat er, insofern es sich um eine Verpachtung handelt, die Wahl, ob er die Früchte der geschuldeten Sache, oder das vom Schuldner eingenommene Pachtgeld verlangen will. In manchen Fällen wird der Gläubiger auch ein höheres Pacht- oder Miethgeld in Anspruch nehmen können, wenn der Schuldner verpflichtet war, positiv im Interesse des Gläubigers auch in der hier zur Frage stehenden Beziehung thätig zu sein, und culposer Weise die Sache zu einem zu niedrigen Preise verpachtet oder vermiethet hat.

Abgesehen von den Fällen, wo der Gesichtspunkt der negotiorum gestio begründet ist, kann der Gläubiger nach der allgemeinen Regel, die für das stellvertretende commodum gilt, die Pachtgelder in Anspruch nehmen, wenn der Schuldner durch das Geschäft von der ihm obliegenden Leistung der Früchte befreit ist, wenn also der Gläubiger die Gefahr des Geschäfts trägt. Diese Fälle kommen nicht selten vor; aber dennoch ist die Regel hier kaum von irgend welcher Bedeutung, indem in diesen Fällen regelmäßig zugleich der Gesichtspunkt der negotiorum gestio anwendbar ist.

Man könnte nun glauben, daß bei der Miethe ebenso der Gläubiger das Miethgeld fordern könne, wenn er die Gefahr des Miethgeschäfts trägt, d. h. wenn der Schaden ihn trifft für den Fall, daß die geschuldete Sache in Folge der Vermiethung zu Grunde geht. In der That müssen wir dies auch der Regel nach annehmen; aber der Grund, weshalb der Gläubiger hier die Miethgelder in Anspruch nehmen kann, liegt nicht darin, daß er die mögliche Gefahr, oder, falls der Nachtheil eingetreten ist, den wirklichen Schaden trägt. Der Grund liegt vielmehr darin, daß in den meisten Fällen, wo der Gläubiger die Gefahr trägt, der Schuldner berechtigt, beziehungsweise verpflichtet war, als Geschäftsführer den Miethcontract abzuschließen —;

---

bigers auf die vom Schuldner eingenommenen Pacht- und Miethgelder, soweit der Schuldner dadurch noch bereichert ist, aus der Art und Weise, wie der Gegenstand der Leistung hier bestimmt ist.

und wo das auch nicht der Fall ist, da kann doch das vom Schuldner eingenommene Miethgeld nicht auf Grund davon, daß der Gläubiger die Gefahr trägt, sondern nur aus dem Gesichtspunkte der negotiorum gestio in Anspruch genommen werden [3]).

Ich wende mich jetzt zu der Frage, welche Grundsätze anzunehmen sind, wenn der Schuldner den Miethcontract vor der Begründung des obligatorischen Verhältnisses abgeschlossen hat.

Hierüber ist viel Streit geführt. Man hat dabei besonders den Fall vor Augen gehabt, wo Jemand eine von ihm bereits vermiethete Sache vor Beendigung des Miethverhältnisses verkauft; und diesen Fall will ich denn auch hier zu Grunde legen, indem danach die übrigen Fälle sich ohne Schwierigkeit entscheiden lassen.

Wenn wir hier von den früher aufgestellten Grundsätzen ausgehen, so gestaltet sich die Sache sehr einfach. Der Gesichtspunkt der negotiorum gestio ist in unserem Fall ausgeschlossen; es kann sich also nur fragen, ob der Käufer auf Grund der allgemeinen Regeln über das commodum die Pacht- oder Miethgelder verlangen kann. Dies ist aber zu läugnen. Die Pachtgelder, in Ansehung deren die für das stellvertretende commodum geltenden Regeln zur Anwendung kommen würden, kann der Käufer schon deshalb nicht verlangen, weil das Ereigniß, welches das commodum und zugleich für den Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung der Früchte herbeigeführt hat, in die Zeit vor der Begründung des obligatorischen Verhältnisses fällt (vgl. oben S. 79 ff.). Eben so wenig kann der Käufer die Miethgelder in Anspruch nehmen. Er würde dieselben nur als ein accesso-

---

3) Ich will dies an einem Beispiel zeigen. A. hat einen Pelz bei B. deponirt. Der Erbe des B. vermiethet den Pelz an C., der eine Reise machen will, für einen Gulden monatlich; unterwegs wird C. von dem D., nachdem er den Pelz 2 Monate gemiethet hatte, angefallen und des Pelzes beraubt. Durch dieses Ereigniß wird der Erbe des Depositars von seiner Verpflichtung, den deponirten Gegenstand an A. zu leisten, befreit; A. hat Anspruch auf die Klagen gegen D., weil ihn in Ansehung des von D. begangenen Delicts die Gefahr trifft. Die Abtretung der Klage auf das zweimonatliche Miethgeld gegen C. kann er aber auf Grund dieses Ereignisses nicht verlangen, und ebensowenig auf Grund davon, daß er in Ansehung der Vermiethung die Gefahr trägt. Er kann es nur deshalb verlangen, weil der Erbe des Depositars objectiv sein negotium gerirt hat. Die irrthümliche Meinung des Handelnden, ein eigenes negotium zu geriren, steht dem nicht entgegen.

risches commodum verlangen können; dies würde aber voraussetzen, daß der Erwerb durch die Sache selbst angeboten wäre, und daß die Thätigkeit des Schuldners nur als Perception eines durch die Sache angebotenen Erwerbs erschiene, während hier die Thätigkeit des Schuldners eine viel weiter gehende ist [4]).

Der Käufer kann demnach die nach Abschließung des Kaufcontracts von dem Verkäufer eingenommenen Pacht- und Miethgelder, beziehungsweise die Abtretung der Klage auf diese Leistungen nur dann verlangen, wenn ein solches Recht ihm durch den Contract eingeräumt ist. Ist in dem Contract nichts darüber bemerkt, so kann er die Pacht- und Miethgelder nicht in Anspruch nehmen. Insofern die Sache eine fruchttragende ist, kann er jedoch in diesem Fall die Früchte verlangen; ist sie dies nicht, so kann er allerdings keinen Anspruch darauf erheben, daß ihm neben der gekauften Sache ein commodum geleistet werde, er kann aber sofort die Leistung der Sache selbst verlangen, ohne Rücksicht darauf, daß sie von dem Verkäufer vermiethet ist [5]).

Dieses Resultat wird uns nun auch ausdrücklich bestätigt durch die L. 13. §. 11. D. de act. empti (19. 1):

„Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent, „qui locaverat: idem et in praediis urbanis: nisi si quid „nominatim convenisse proponatur.“

Daß diese Stelle von einem Pachtcontract handelt, der schon zur Zeit der Abschließung des Kaufcontracts abgeschlossen war, ist völlig klar; und damit ist die Beweiskraft unserer Stelle gesichert.

4) Nur in Einem Fall, der aber jetzt nicht mehr vorkommen kann, sah man die Sache wohl anders an. Wenn ein geschuldeter Sclave sich selbst vermiethet hatte, wie das sehr häufig vorkam, so sah man das Miethgeld, welches der Sclave für seine Dienste einnahm und seinem Besitzer brachte, als ein lucrum ex re an. Vergl. z. B. L. 25. §. 2. L. 26. D. de usufructu (7. 1). L. 13. §. 18. D. de act. empti (19. 1). Materiell besteht die Thätigkeit des Besitzers hier nur in der Annahme eines durch den geschuldeten Gegenstand angebotenen Gewinns; und nur die Rücksicht, daß der Sclave ein solches Geschäft nicht eigenmächtig gültig abschließen konnte, hätte eine andere Behandlungsweise veranlassen können. Man hielt sich aber hier an die materielle Seite der Sache.

5) Derselben Ansicht ist auch Ihering a. a. O. S. 63—66, und diese Ansicht scheint in neuerer Zeit allgemeiner geworden zu sein; doch fehlt es auch jetzt noch nicht an Dissentienten.

In der That sind auch alle Versuche, die Stelle zu beseitigen, völlig mißlungen [6]).

Die von uns aufgestellte Ansicht wird überdies unterstützt durch die L. 50. D. de jure fisci (49. 14) und die L. 59. §. 1. D. de usufructu (7. 1).

In der ersten Stelle wird offenbar davon ausgegangen, daß an sich der Käufer eines fiscalischen Grundstücks, welches „sub colono" war, nur einen Anspruch auf die Früchte, nicht auf das Pachtgeld habe; und nur deshalb wird angenommen, daß dem Käufer ein Anspruch auf das Pachtgeld zustehen solle, weil man einem Entschädigungsanspruch des Pächters gegen den Fiscus vorbeugen will; dabei wird aber ausdrücklich bemerkt, es solle so angesehen werden: „atque si hoc ipsum in emendo convenisset."

Bei dieser Entscheidung ist gewiß vorausgesetzt, daß der Käufer mit der Verpachtung des Grundstücks bekannt war, und nur für diesen Fall ist ein stillschweigender Nebenvertrag in Ansehung des Pachtgeldes anzunehmen. Wie dem aber auch sei, jedenfalls geht aus der L. 50. D. cit. hervor, daß der Jurist ein convenire in emendo für nöthig hält, damit der Käufer ein Recht auf das Pachtgeld bekomme [7]).

In der L. 59. §. 1. D. de usufructu (7. 1) ist von dem Recht

---

6) Manche haben gemeint, Ulpian wolle nur sagen: die actio locati auf die Miethgelder stehe immer dem Verkäufer zu; er wolle aber nicht darüber entscheiden, ob nicht etwa der Verkäufer verpflichtet sei, die actio locati dem Käufer zu cediren. Diese Interpretation ist wegen der Worte: „nisi si quid nominatim convenisse proponatur" unmöglich, wie dies auch von Vielen, die dem Käufer ein Recht auf das Pachtgeld geben, anerkannt wird. S. z. B. Glück, Pandekten XVII. S. 197. — Glück a. a. O. S. 196 bezieht die Stelle auf Pachtgelder, die zur Zeit der Abschließung des Kaufcontracts schon fällig waren; dies ist aber eben so wenig thunlich wegen des Futurum: cedent.

7) Molitor, les Obligations II. §. 420 beruft sich dagegen auf die L. 13. §. 16. D. de act. empti (19. 1). In dieser Stelle wird gesagt: der Verkäufer müsse, wenn ausbedungen sei, daß er die praeterita merces beitreibe und dem Käufer zahle, in dieser Beziehung Dolus und Culpa prästiren. Daraus aber, daß hier nur von einem Vertrage in Ansehung der praeterita merces die Rede ist, läßt sich doch vernünftigerweise nicht folgern, daß der Käufer die später fälligen Pachtgelder ohne Nebenvertrag verlangen könne; vielmehr bedarf es dazu ebensowohl eines Nebenvertrages, wie denn auch ein solcher Nebenvertrag in L. 53. pr. D. eodem erwähnt wird.

des Usufructuars auf die Perception der Früchte die Rede. Dabei wird nun bemerkt, daß er auch die Pachtgelder von den vorher verpachteten Aeckern verlangen könne, „si ipsae quoque specialiter comprehensae sint.“ Sodann wird fortgefahren: „Sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptae (Hal.: nisi fuerit specialiter exceptum), potest usufructuarius conductorem repellere.“ Der Sinn ist offenbar der: Wenn in Ansehung der Pachtgelder und des Pachtverhältnisses nichts Besonderes ausgemacht ist, so kann der Usufructuar zwar die Pachtgelder nicht in Anspruch nehmen, er kann aber dann den Pächter austreiben; und dabei wird auf das exemplum venditionis hingewiesen, wo es denn wenigstens sehr nahe liegt, die Vergleichung nicht blos auf die Befugniß zur Exmission des Pächters zu beschränken.

Somit glaube ich, daß die aufgestellte Ansicht sowohl durch allgemeine Gründe, als auch durch specielle Zeugnisse der Quellen hinreichend sicher gestellt ist. Dessenungeachtet wird von Vielen ein Anderes angenommen. Dieselben berufen sich theils auf die Gleichstellung der fructus civiles und naturales, wie sie z. B. in L. 34. und L. 36. D. de usuris (22. 1) ausgesprochen sei, theils auf einzelne Stellen, die dem Gläubiger ein Recht auf die Miethgelder geben.

Was zunächst die Gleichstellung der sogenannten bürgerlichen und natürlichen Früchte betrifft, so läßt sich diese für viele Fälle nicht bestreiten. So ist es z. B. klar, daß der Schuldner, welcher ein Recht hat, die geschuldete Sache zu benutzen, auch die Pachtgelder behalten kann, wenn er, statt selbst die Sache zu benutzen, dieselbe verpachtet hat. Es erklärt sich dies daraus, daß die Pachtgelder ein Aequivalent für die Benutzung der Sache sind. Die Gleichstellung der fructus civiles mit den fructus naturales gilt aber keineswegs allgemein [8]; und namentlich kann sie nach den oben angeführten Zeugnissen der Quellen für unseren Fall nicht angenommen werden. In der That sind hier die Verhältnisse auch ganz anders, wie in dem eben erwähnten Fall. In dem letzteren Fall hat derjenige die locatio conductio abgeschlossen, der auch zugleich einen Anspruch auf die Früchte hat; in unserem Fall ist dagegen der Pachtvertrag abgeschlossen nicht von demjenigen, der einen Anspruch auf die Früchte hatte, sondern

---

8) Ihering a. a. O. S. 65.

von demjenigen, der die Früchte zu leisten hatte; der Anspruch auf die Pachtgelder gründet sich auf einen Contract, der den Gläubiger nichts angeht, und den er auch in keiner Weise anzuerkennen verpflichtet ist.

Ebensowenig läßt sich die von uns bekämpfte Ansicht auf unmittelbare Zeugnisse der Quellen stützen. Um dies aber nachzuweisen, müssen wir auf die einzelnen Stellen, in welchen dem Gläubiger ein Anspruch auf die Mieth- oder Pachtgelder eingeräumt wird, näher eingehen. Es sind folgende Stellen, die hier in Betracht kommen:

1) L. 13. §. 13. D. de act. empti (19. 1).

In dieser Stelle sagt Ulpian: „Item si quid ex operis servorum vel vecturis jumentorum vel navium quaesitum est, emptori praestabitur."

Wenn man diese Worte auf Fälle beziehen wollte, wo die verkauften Sachen vor Abschluß des Kaufcontracts vermiethet waren, so würde Ulpian in Widerspruch treten mit seinem früheren Ausspruch im §. 11 derselben Stelle. Man muß daher die gedachten Worte nothwendig beziehen auf Fälle, wo der Miethcontract später abgeschlossen ist, und dafür spricht auch der Umstand, daß in dem unmittelbar vorhergehenden §. 12 von Fällen die Rede ist, wo die verkaufte Sache nach Abschluß des Contracts einen Schaden erlitten hat. Der Grund aber, weshalb hier dem Käufer ein Anspruch auf die vecturae eingeräumt wird, liegt ohne Zweifel darin, daß die Abschließung des Geschäfts als eine negotiorum gestio für den Käufer angesehen werden konnte [9]).

2) L. un. §. 7. i. f. C. de rei uxoriae act. (5. 13).

Nach dieser Stelle tritt eine Theilung der Mieth- und Pachtgelder ein, wenn der Ehemann eine Dotalsache vermiethet oder verpachtet hat, und die Mieth- oder Pachtzeit zur Zeit der Beendigung der Ehe noch nicht abgelaufen ist. Der Ehemann, beziehungsweise dessen Erben erhalten die Mieth- und Pachtgelder für die Zeit der Dauer der Ehe; die Mieth- und Pachtgelder für die spätere Zeit fallen dem Rückempfänger der Dos zu. Dasselbe wird mit Beziehung auf verschiedene einzelne Fälle in der L. 7. D. sol. matr. (24. 3) anerkannt.

Diese Entscheidungen stehen mit den von uns aufgestellten Grundsätzen durchaus nicht in Widerspruch. Der Ehemann ist als Eigen-

---

9) S. Jhering a. a. O. S. 75.

thümer der Dotalsachen berechtigt, dieselben zu vermiethen. Insofern er nun die Sachen nur für die Dauer der Ehe vermiethet, handelt er blos in eigenem Interesse; das Geschäft ist in diesem Fall durchaus nur ein eigenes Geschäft des Ehemannes, indem ihm für die angegebene Zeit das Recht der Benutzung zusteht. Dem Ehemann steht es jedoch frei, eine Dotalsache auch auf bestimmte Zeit zu vermiethen, wobei es sich denn zutragen kann, daß die Ehe und damit auch sein Benutzungsrecht vor Ablauf dieser Zeit aufhört. In diesem Fall, auf welchen sich die oben citirten Stellen beziehen, handelt der Mann aber in einer doppelten Eigenschaft, auf der einen Seite als Eigenthümer der Dotalsache und in eigenem Interesse, auf der anderen Seite als Verwalter der Dos und im Interesse desjenigen, dem für den Fall der Trennung der Ehe der Anspruch auf Restitution der Dos zusteht. Ja, das römische Recht ist sogar so weit gegangen, daß es bestimmt hat: der Rückempfänger der Dos müsse die Abschließung des Miethcontracts, falls vor Ablauf der Miethzeit die Ehe aufhört, als für ihn eventuell mit geschehen anerkennen, und den abgeschlossenen Miethcontract auch nach getrennter Ehe aushalten [10]). Hiernach aber versteht es sich von selbst, daß der Rückempfänger der Dos auch einen Anspruch auf die Mieth- und Pachtgelder der späteren Zeit hat.

In ähnlicher Weise, wie bei der Dos, wird von den neueren Juristen auch oft von einer Theilung der Mieth- und Pachtgelder zwischen dem Usufructuar und dem Eigenthümer gesprochen, wenn der Usufructuar den Gegenstand seines Rechts vermiethet oder verpachtet hat, und der Ususfruct vor dem Ablauf der Mieth- oder Pachtzeit endigt [11]). In Wirklichkeit verhält sich aber hier die Sache etwas anders.

---

10) Siehe L. 25. §. 4. D. sol. matr. (24. 3). L. 1. §. 15. D. de dote praeleg. (33. 4) und dazu Francke im Archiv für civil. Pr. XXX. S. 285 ff. — Die Verpflichtung, den Miethcontract auszuhalten, ist allerdings nur eine persönliche, dem Ehemann, beziehungsweise den Erben desselben gegenüber; dieses ändert aber in der Auffassung der Sache nichts. — Ferner versteht es sich von selbst, daß durch den im Text angegebenen Grundsatz es nicht ausgeschlossen ist, daß der Rückempfänger der Dos einen Entschädigungsanspruch geltend machen kann, wenn der Ehemann die Dotalsache in einer unvortheilhaften Weise vermiethet hat, und demselben dabei eine s. g. culpa in concreto zur Last fällt.

11) Der Unterschied in Ansehung der Pachtgelder, indem hier die Zeit der Dauer

Der Usufructuar ist nicht, wie der Ehemann, berechtigt, eine Sache auf eine bestimmte Zeit zu vermiethen, ohne Rücksicht darauf, ob sein Benutzungsrecht früher aufhört oder nicht. Es wird deshalb auch, wenn er bei Abschließung des Contracts als Usufructuar sich kund gegeben hat, immer als stillschweigend verabredet angesehen, daß das Miethverhältniß mit dem Ende des Ususfructs aufhören solle. Wenn der Usufructuar dennoch einen Pacht- oder Miethcontract auf eine fest bestimmte Zeit und ohne eine ausdrückliche oder stillschweigende Beschränkung der eben erwähnten Art abgeschlossen hat, und nun vor Ablauf der Miethzeit der Ususfruct aufhört, so braucht der Eigenthümer den Contract nicht anzuerkennen; er kann den Miether oder Pächter sofort austreiben und dann selbstverständlich keinen Anspruch auf Mieth- und Pachtgelder erheben [12]. Es steht jedoch, wie ich glauben möchte, dem Eigenthümer auch frei, die Sache so anzusehen, als ob der Usufructuar den Contract eventuell auch für ihn (als sein negotiorum gestor) mit abgeschlossen habe. Allerdings kann der Eigenthümer, auch wenn er diese Auffassung geltend macht, nicht unmittelbar gegen den Pächter oder Miether auf Zahlung des ferneren Pacht- oder Miethgeldes klagen, da er den Contract nicht abgeschlossen hat; er kann aber dann gegen den Usufructuar auf Cession der actio locati, und falls derselbe mehr Pacht- oder Miethgeld eingenommen hat, als ihm zukommt, auf Herausgabe dieses Mehr klagen [13].

---

des Ususfructs nicht allein maßgebend ist, kommt für uns nicht in Betracht. — Daß ich aber überhaupt einige Worte in Ansehung des Ususfructs hinzugefügt habe, rechtfertigt sich daraus, daß auch hier eine Obligation auf Restitution vorliegt. Dieselbe wurde nach römischem Recht durch die cautio usufructuaria begründet; die actio ex stipulatu hatte jedoch in diesem Fall wegen der Fassung der Caution die Natur einer freien Klage.

12) L. 9. §. 1. D. locati (19. 2). Gewöhnlich wird dies nicht genügend hervorgehoben, ein Mangel, der sich selbst in manchen der besten neueren Lehrbücher findet. S. z. B. Arndts, §. 179.

13) Eine zuverlässige Bestätigung der im Text aufgestellten Ansicht finde ich in den Quellen nicht. Die L. 25. §. 2 und L. 26. D. de usufructu (7. 1), auf die man sich gewöhnlich beruft, beziehen sich auf den Fall, wo ein servus fructuarius seine Dienste vermiethet hat, und vor Ablauf der Miethzeit der Ususfruct an dem Sclaven aufgehört hat. Für diesen Fall wird dem Eigenthümer des Sclaven allerdings ein Recht auf die Miethgelder der späteren Zeit eingeräumt; der Fall, auf den die citirten Stellen sich beziehen, ist aber ein solcher, daß wir nicht wohl einen allgemeinen Satz daraus ab-

3) L. 13. §. 1. D. commodati (13. 6).

Wenn Jemand, der eine Sache zur Probe empfangen hat, dieselbe vermiethet, so soll er der angeführten Stelle zufolge die Miethgelder an den Gläubiger herausgeben. Als Grund dieser Entscheidung führt

---

leiten können. Wir müßten sonst ja auch annehmen, daß der Eigenthümer nach Beendigung des Usufructs ohne Weiteres die actio locati gegen den Miether in Ansehung der späteren Miethgelder hätte, — etwas, was den sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts geradezu widersprechen würde. Die L. 58. pr. D. de usufructu (7. 1) ferner spricht nur davon, wie viel von dem bedungenen Pachtgeld der Usufructuar (beziehungsweise dessen Erbe) in Anspruch nehmen kann, wenn der Usufruct vor Beendigung der Pachtzeit aufhört; von einem Anspruch des Eigenthümers auf Pachtgelder ist in dieser Stelle gar nicht die Rede. — Das Einzige, worauf ich mich für die im Text aufgestellte Ansicht berufen kann, sind die allgemeinen Grundsätze des römischen Rechts und diese scheinen mir auch entschieden dafür zu sprechen. — v. Wächter, Erörterungen I. S. 73 ff. und Handbuch des Würtembergischen Privatrechts II. S. 268 ff. hat mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß es falsch sei, in der Weise, wie es gewöhnlich geschieht, von einer Theilung der Pacht- und Miethgelder zwischen dem Usufructuar und Eigenthümer zu sprechen; auf der anderen Seite dürfte er aber wieder zu weit gehen, indem er nur in besonderen Ausnahmsfällen dem Eigenthümer einen Anspruch auf die Mieth- und Pachtgelder geben will, während er der Regel nach nur das Recht haben soll, den Pächter oder Miether sofort aus der Sache auszutreiben. Wächter beruft sich namentlich auf L. 9. §. 1. und L. 32. D. locati (19. 2). Die erste Stelle spricht aber, soweit sie den hier streitigen Fall betrifft, nur von der Haftung des Usufructuars, der (quasi dominus) die Sache vermiethet hat, nicht aber von den etwaigen Ansprüchen des Eigenthümers. Eben deshalb ist dieselbe nicht beweisend. — Was die zweite Stelle, die L. 32. D. locati (19. 2) betrifft, so soll wohl daraus gefolgert werden, daß der Pächter bei einer Veränderung im Eigenthum der gepachteten Sache im Allgemeinen zur Fortsetzung des Pachtverhältnisses nicht gezwungen werden könne, daß es vielmehr eines besonderen Vertrags zwischen dem neuen Eigenthümer und dem Pächter bedürfe, um eine Fortsetzung des Pachtverhältnisses und somit einen Anspruch des neuen Eigenthümers auf die Pachtgelder zu begründen. Die Anwendung auf unseren Fall würde sich dann ohne Schwierigkeit machen. Meiner Meinung nach lassen sich aber die angegebenen Sätze weder aus den Quellen im Allgemeinen, noch auch aus der L. 32. D. cit. ableiten. Wir müssen vielmehr Folgendes annehmen. Wenn das Eigenthum an der verpachteten (vermietheten) Sache in Folge eines Verkaufs oder sonstigen Rechtsgeschäfts auf einen Anderen übergeht, so kann der Pächter nicht ohne Weiteres zurücktreten; vielmehr bleibt er im Allgemeinen gebunden, wenn sein Verpächter (beziehungsweise dessen Erbe) ihm durch den neuen Eigenthümer fortwährend die Benutzung gewährt. Der neue Eigenthümer hat hier allerdings nicht

Pomponius an: „neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculo ejus sit.“

Der Schuldner begeht hier ein furtum usus, und haftet daher, wenn in Folge der Vermiethung die Sache untergeht; er trägt die Gefahr in Ansehung dieses speciellen Geschäfts. Wenn dies das Entscheidende wäre, so hätte Pomponius dem Gläubiger nicht die Miethgelder zusprechen können. Pomponius denkt aber in unserer Stelle nicht an die Gefahr in Ansehung des besonderen Geschäfts, sondern daran, daß der Gläubiger im Allgemeinen die Gefahr des casus trägt. Dies ist der Grund, auf welchen er die Behauptung stützt, daß der Schuldner keinen Gewinn aus der Sache ziehen dürfe.

Wenn nun dieser Grund hier zutreffend wäre, so würde dadurch

---

aus eigenem Recht die actio locati auf Zahlung der Pachtgelder; er kann jedoch, wenn ein Rechtsgrund in dieser Beziehung vorhanden ist, die Cession der Klage von seinem Vorgänger im Eigenthum verlangen; so besonders, wenn die Verpachtung als negotiorum gestio für ihn aufgefaßt werden kann, und ferner wenn dies in dem Contract mit dem früheren Eigenthümer ausbedungen war. Es bedarf dazu keines besonderen Vertrags zwischen dem Pächter und dem neuen Eigenthümer. Dafür spricht eine Reihe von Stellen, s. L. 13. §. 11. L. 53. pr. D. de act. empti (19. 1). L. 25. §. 1. L. 58. pr. D. locati (19. 2). L. 9. C. eodem (4. 65). In keiner dieser Stellen wird erwähnt, daß es eines Vertrags zwischen dem neuen Eigenthümer und dem Pächter bedürfe, obgleich dies sehr nahe gelegen hätte, wenn die oben erwähnte Ansicht richtig wäre. Auch kann man nicht sagen, daß die Lage des Pächters dadurch rechtlich verschlechtert wird; denn er behält seinen etwaigen Entschädigungsanspruch gegen seinen Verpächter, und überdies steht ja, wenn die Benutzung nicht gehörig präßirt wird, dem Pächter das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, in einem sehr weiten Umfange zu. Vergl. über diese Frage auch Glück, Commentar XVIII. S. 27 ff., der in der angegebenen Beziehung derselben Meinung ist. — Die L. 32. D. locati (19. 2) steht auch mit dieser Ansicht nicht in Widerspruch. Der einzige Grund, weshalb der Pächter hier nicht genöthigt werden kann, das Pachtverhältniß fortzusetzen, liegt, wie in der Stelle auch ausgesprochen ist, darin, daß der Erbe des ursprünglichen Verpächters durchaus kein Interesse an der Fortsetzung des Verhältnisses hat. Dieser Grund trifft aber nicht zu, wo der neue Eigenthümer ein Recht auf Cession der actio locati hat, indem hier der Verpächter immer ein Interesse an der Aufrechthaltung des Pachtverhältnisses hat. Ein solches Interesse kann übrigens auch in anderen Fällen vorliegen, wo eine Cession der actio locati nicht gefordert werden kann, z. B. wenn bei Abschließung eines Kaufcontracts ausbedungen ist, daß dem Verkäufer die Pachtgelder bis zur Beendigung des Pachtverhältnisses zufallen sollen.

die Regel, welche wir in dem §. 5 über den Umfang, in welchem das accessorische commodum zu leisten ist, aufgestellt haben, völlig umgestoßen. Ferner läge dann auch kein Grund vor, weshalb der Gläubiger nicht auch in denjenigen Fällen die Miethgelder fordern könnte, wo der Miethcontract vom Schuldner vor der Begründung des obligatorischen Verhältnisses abgeschlossen ist; und doch wird dieses, wie wir oben gesehen haben, in den Quellen sehr bestimmt geläugnet.

Wir sehen uns deshalb genöthigt, die Entscheidung des Pomponius auf andere Weise zu erklären; und dieses dürfte denn auch nicht unmöglich sein.

Der Schuldner, welcher die Sache vermiethet hat, macht sich dadurch eines furtum usus schuldig, und ist in Folge davon zur vollen Entschädigung verpflichtet. Von diesem Gesichtspunkt aus kann nun freilich der Gläubiger die von dem Schuldner eingenommenen Miethgelder nicht in Anspruch nehmen, — es wäre denn, daß er gerade denselben Miethcontract abgeschlossen hätte, falls die Sache ihm sogleich nach der angestellten Probe restituirt wäre. — Der Gläubiger ist aber nicht genöthigt, das furtum geltend zu machen; er kann, da objectiv das vom Schuldner abgeschlossene Geschäft sich als sein Geschäft darstellt, die Abschließung desselben als eine für ihn vorgenommene negotiorum gestio ansehen; und wenn der Gläubiger es vorzieht, den letzteren Weg einzuschlagen, so kann der Schuldner sich dagegen gewiß nicht darauf berufen, daß er ein furtum verübt habe.

So erklärt sich die Stelle ohne Schwierigkeit. Allerdings müssen wir dabei annehmen, daß der Entscheidungsgrund des Pomponius nicht zutreffend ist. Aber wir finden eine derartige Ungenauigkeit so oft bei den römischen Juristen, daß uns diese hier nicht Wunder nehmen kann. Es ging den Römern mit dem Satz: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, wie mit dem Satz, daß Niemand sich mit fremdem Schaden bereichern dürfe. Der letztere wird seiner anscheinenden Billigkeit wegen manchmal zur Motivirung einzelner Entscheidungen benutzt, und doch können wir eine derartige allgemeine Regel nicht annehmen. Ebenso war der erste Satz den Römern seiner anscheinenden Billigkeit wegen geläufig, und sie benutzten ihn deshalb häufig, auch wo der eigentliche Grund der Entscheidung nicht in dieser Regel, sondern in ganz anderen Umständen liegt.

4) L. 19. pr. i. f. D. de usuris (22. 1). L. 62. pr. D. de rei vind. (6. 1). L. 5. C. de rei vind. (3. 32).

Nach der ersten Stelle hat der Beklagte, wenn eine nicht fruchttragende Sache von ihm eingeklagt ist, von der Zeit der Litiscontestation an dasjenige zu leisten, was durch eine Vermiethung der Sache an Miethgeldern hätte gewonnen werden können. In der zweiten Stelle heißt es, daß, wenn von einem malae fidei possesor ein Schiff eingeklagt werde, Früchte zu schätzen seien, ebenso, wie bei anderen Sachen, welche vermiethet zu werden pflegen. In der dritten Stelle wird dasselbe in Beziehung auf den malae fidei possessor eines Hauses gesagt.

Die Verpflichtung, Miethgelder zu zahlen, beschränkt sich ohne Zweifel nicht blos auf den malae fidei possessor, sondern sie bezieht sich auch auf den bonae fidei possessor, wie denn auch die erste Stelle ganz allgemein spricht. Wir müssen demnach beide Fälle hier ins Auge fassen.

Betrachten wir nun zunächst den gutgläubigen Beklagten, so liegt der Grund der Entscheidung in den besonderen Bestimmungen, welche für die Haftung des Beklagten nach der Litiscontestation gelten. Der gutgläubige Beklagte braucht allerdings nicht die ganze utilitas temporis dem Kläger zu erstatten; aber auf der anderen Seite haftet er doch von der Zeit der Litiscontestation an in einem weiteren Umfange für das commodum, als dies bei dem Kaufcontract und anderen Obligationen von Anfang an der Fall ist. Er ist nämlich von der Zeit der Litiscontestation an nicht blos, was die Erhaltung der eingeklagten Sache betrifft, sondern auch, was die Erzielung von Einkünften aus derselben betrifft, zu jeder positiven Thätigkeit verpflichtet, die ein diligens paterfamilias, der sich bemüht, seine Sachen nutzbar zu machen, aufwenden würde. Wenn also die eingeklagte Sache zu den Sachen gehört, welche vermiethet zu werden pflegen, so muß der gutgläubige Beklagte dafür sorgen, daß die Sache ihren Miethzins einbringe, und wenn er das nicht thut, muß er deshalb entschädigen, wie dies auch in L. 19. pr. i. f. D. cit. gesagt wird. Daraus nun, daß der Besitzer verpflichtet ist, für einen solchen Ertrag zu sorgen, folgt, daß er nicht zur Entschädigung verpflichtet ist, wenn er die Sache vermiethet hat und dieselbe in Folge davon zu Grunde gegangen ist, — vorausgesetzt, daß er bei der Vermiethung ordnungs-

mäßig verfahren ist[14]. Daß der Kläger die Gefahr in Ansehung der Vermiethung trägt, steht demnach allerdings in Zusammenhang mit der Verpflichtung des Beklagten, die Miethgelder zu zahlen; aber nicht das Letztere ist eine Folge des Ersteren, sondern das Verhältniß ist gerade umgekehrt.

Was den malae fidei possessor betrifft, so wurde bei ihm der Grundsatz, daß dem Kläger dasjenige zu leisten sei, was dieser haben würde, wenn der eingeklagte Gegenstand ihm schon im Augenblick der Litiscontestation geleistet wäre, strenge durchgeführt. Der malae fidei possessor muß das ganze Zeitinteresse prästiren, also bei Sachen, die vermiethet zu werden pflegen, auch die Miethgelder, die durch eine Vermiethung hätten gewonnen werden können; indem nämlich anzunehmen ist, daß der Kläger, falls er die Sache früher erhalten hätte, diesen Gewinn gezogen haben würde.

Von diesem Gesichtspunkte wird die Sache in der L. 5. C. de rei vind. (3. 32) aufgefaßt, indem dort gesagt wird, daß der malae fidei possessor das Haus mit den Miethgeldern, welche er gezogen hat oder ziehen konnte, und cum omni causa damni dati restituiren müsse. In der L. 62. pr. D. de rei vind. (6. 1) wird dagegen von Papinian zur Motivirung des Satzes, daß der Beklagte die Miethgelder zu zahlen habe, angeführt: „quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet.“

Handelte diese Stelle von einem bonae fidei possessor, so würde sich die Motivirung leicht erklären; wir würden dann sagen, daß Papinian Grund und Folge mit einander verwechselt habe; und daß er dazu gekommen, ließe sich erklären aus dem Bestreben, welches er in der Stelle zeigt, zwei Entscheidungen mit einander zu vereinigen, die in der That auf ganz verschiedenen Gründen beruhen (s. oben §. 2 Note 2). Die L. 62. pr. D. cit. handelt aber nicht von einem bonae fidei possessor, sondern wie aus den Anfangsworten derselben hervorgeht, von einem malae fidei possessor; und gerade deshalb ist es so schwierig, die Stelle auf eine befriedigende Weise zu erklären. Die Schwierigkeit liegt aber (und dies ist besonders wichtig) nicht sowohl darin, daß der von Papinian zur Motivi-

---

14) L. 16. §. 1. D. de rei vind. (6. 1). Daß diese Stelle auf den bonae fidei possessor zu beziehen ist, leidet keinen Zweifel. Der malae fidei possessor haftet nicht blos dann, wenn der nach der Litiscontestation erfolgte Untergang der Sache durch seine Culpa herbeigeführt ist. L. 40. pr. D. de hered. pet. (5. 3).

rung der Entscheidung angeführte Satz nicht den wirklichen Grund der Entscheidung enthält, als vielmehr darin, daß dieser Satz selbst mit den Grundsätzen über die Haftung des malae fidei possessor, wie sie von den späteren römischen Juristen angenommen sind, in Widerspruch steht. Nach diesen Grundsätzen müssen wir nämlich annehmen, daß der malae fidei possessor nach der Litiscontestation allerdings das periculum navis dem Kläger prästiren muß [15]. Wie dieser Widerspruch zu beseitigen ist, läßt sich mit Bestimmtheit nicht wohl sagen. Es liegt aber die Vermuthung nahe, daß Papinian in Ansehung der Haftung des malae fidei possessor nach der Litiscontestation eine andere Ansicht hatte, als die später allgemein recipirte; wie wir denn auch aus den Quellen wissen, daß über diesen Punkt verschiedene Ansichten unter den älteren römischen Juristen bestanden [16]. Gehen wir aber davon aus, so erklärt sich, wie bereits bemerkt ist, die Motivirung ohne Schwierigkeit.

Soviel steht jedenfalls fest, daß aus der Verpflichtung des Beklagten, nach der Litiscontestation die Miethgelder zu prästiren, keine allgemeine Regeln über das commodum abgeleitet werden dürfen.

5) L. 39. §. 1. D. de leg. 1 (30).

Diese Stelle bezieht sich auf die Mora. Daß der Schuldner im Fall einer Mora verpflichtet ist, auch die Miethgelder, die der Gläubiger im Fall einer rechtzeitigen Leistung gezogen hätte, zu ersetzen, ergiebt sich aus der Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des ganzen Zeitinteresse.

6) L. 23. §. 9. D. de Aed. Ed. (21. 1).

Der Käufer, welcher die actio redhibitoria anstellt, muß auch

---

15) Nach der Ansicht der späteren römischen Juristen ist der malae fidei possessor auch in dem Fall eines rein casuellen Untergangs der eingeklagten Sache zur Entschädigung verpflichtet, wenn der Kläger, falls er zur Zeit der Litiscontestation die Sache erhalten, durch einen Verkauf den Schaden von sich hätte abwenden können. S. L. 40. pr. D. de hered. pet. (5. 3) und dazu meine Beiträge, Abth. III. S. 189 ff. Hiernach kann also der Kläger, wenn das eingeklagte und von dem Beklagten vermiethete Schiff auf der Reise zu Grunde geht, in der Regel den Preis, zu dem es hätte verkauft werden können, verlangen, nur daß er dann selbstverständlich nicht zugleich die vectura in Anspruch nehmen kann, selbst wenn der Beklagte sie trotz des Untergangs des Schiffs lucrirt haben sollte; denn, wenn der Kläger das Schiff verkauft hätte, hätte er es nicht zugleich vermiethen können. Hiernach kann man also nicht wohl sagen, daß der malae fidei possessor nicht die Gefahr zu prästiren hat.

16) S. L. 40. pr. D. de hered. pet. (5. 3).

die Miethgelder, die er durch Vermiethung der gekauften Sache erlangt hat, herausgeben. Diese Bestimmung hat gleichfalls mit den allgemeinen Regeln über das commodum nichts zu thun. Da der Käufer selbst die Aufhebung des Contracts verlangt, so darf er nichts behalten, was er irgend durch die gekaufte Sache erlangt hat; er muß die ganze Bereicherung herausgeben, und somit auch die eingenommenen Miethgelder. (S. auch §. 5 Note 23.)

Die Stellen, welche von einem Anspruch des Gläubigers auf Mieth- oder Pachtgelder sprechen, geben also keine Veranlassung, von den oben aufgestellten Regeln abzuweichen.

---

§. 11.

Resultate.

Zum Schluß will ich der Uebersicht wegen die Resultate der vorhergehenden Erörterungen in der Kürze zusammenstellen. Ich lege dabei die Eintheilung des commodum zu Grunde, von der ich auch oben ausgegangen bin.

1) Accessorisches commodum, welches in den geschuldeten Gegenstand ganz aufgeht.

Der Gläubiger hat immer und ohne alle Rücksicht darauf, ob er die Gefahr trägt oder nicht, einen Anspruch auf dieses commodum. Dies gilt bei allen Obligationen. Selbst bei der Miethe erstreckt sich das Benutzungsrecht des Miethers auch auf dieses commodum. — Die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, ist also in Beziehung auf diese Art des commodum geradezu unrichtig (§. 3).

2) Accessorisches commodum, welches nicht in den geschuldeten Gegenstand ganz aufgeht, sondern neben demselben ein selbständiges Bestehen hat.

Ein Anspruch des Gläubigers auf dieses commodum kann, abgesehen von den Fällen, wo ein besonderer Verpflichtungsgrund (Nebenvertrag, Mora oder Litiscontestation) vorliegt, nur anerkannt werden:

a) bei den Obligationen, welche auf Restitution einer Sache gerichtet sind, die der Schuldner von dem Gläubiger oder für denselben empfangen hat,

b) bei den auf Leistung eines dem Gläubiger bisher fremden Gegenstandes gerichteten Obligationen, die auf einer causa onerosa

beruhen, also nicht bei dem Schenkungsversprechen und der Vermächtnißforderung.

Das Recht des Gläubigers, neben dem geschuldeten Gegenstande das hier zur Frage stehende accessorische commodum zu verlangen, gründet sich darauf, daß der Gläubiger (juristisch oder, wie bei der Dos, der natürlichen Anschauung nach) Eigenthümer der geschuldeten Sache ist, oder darauf, daß das Eigenthum ohne Grund bei dem Schuldner war, während es eigentlich bei dem Gläubiger hätte bleiben sollen, oder darauf, daß es so angesehen wird, als ob die geschuldete Sache dem Gläubiger schon gehöre. Wo keiner der angeführten Gesichtspunkte zutrifft, kann der Gläubiger auch bei den vorher angegebenen Obligationen das commodum, von welchem hier die Rede ist, nicht in Anspruch nehmen. Deshalb ist ein solcher Anspruch z. B. bei dem bedingten Kaufcontract vor Erfüllung der Bedingung und ebenso in den Fällen, wo das Recht des Gläubigers nur darauf geht, daß ihm eine Sache zur Benutzung (nicht zum Behalten) geleistet werde, ausgeschlossen. — Der Grund, weshalb der Gläubiger das commodum fordern kann, liegt also nicht darin, daß er in Ansehung der Unglücksfälle, welche die geschuldete Sache ohne ein Verschulden des Debitor treffen können, die Gefahr trägt; im Allgemeinen trifft aber allerdings bei den vorher bezeichneten Obligationen das Tragen der Gefahr und der Anspruch auf das commodum zusammen, so besonders bei dem Kaufcontract, wo Beides auf demselben Grunde beruht. Eben deshalb kann die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, wohl als Anhaltspunkt für die Entscheidung benutzt werden; ein weiterer Werth ist ihr aber nicht beizulegen, wie sie denn überdies auch keineswegs immer zutreffend ist (§. 4).

Was den Umfang betrifft, in welchem der Schuldner das commodum zu leisten hat, so giebt darüber die eben erwähnte Regel keinen Aufschluß. Der Gläubiger kann aber, — auch abgesehen davon, daß der Schuldner bei manchen auf Restitution gerichteten Obligationen durch das obligatorische Verhältniß selbst ein Recht erhält, sich gewisse Vortheile aus der Sache anzueignen, — nicht jedes commodum, welches der Schuldner durch die Sache erwirbt, in Anspruch nehmen. Er kann vielmehr, wo ihm dem Obigen zufolge ein Anspruch auf das commodum zusteht, von dem Schuldner nur verlangen, daß derselbe alle diejenigen Vortheile herausgebe, welche durch die geschuldete Sache selbst ihm gewährt sind, und die dem

Eigenthümer, falls er die volle Ausübung des Eigenthums gehabt hätte, gewissermaßen von selbst zugefallen wären. Wo zum Erwerb des commodum eine Thätigkeit des Schuldners erforderlich war, die sich nicht blos als Perception eines durch die Sache angebotenen Erwerbs darstellt, kann der Gläubiger das commodum nicht verlangen, — es wäre denn, daß die Thätigkeit des Schuldners als eine negotiorum gestio für den Gläubiger angesehen werden kann, oder daß die Obligation zu der Classe von Obligationen gehört, bei der der Schuldner nur die in seinem Vermögen noch vorhandene Bereicherung, diese aber auch ganz, zu leisten hat (§. 5).

3) Stellvertretendes commodum.

Die Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est, ist in Beziehung auf dieses commodum begründet; sie hat hier aber folgende Bedeutung. Wenn durch ein und dasselbe Ereigniß auf der einen Seite eine (völlige oder theilweise) Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung herbeigeführt, auf der anderen Seite ein commodum gewonnen ist, so steht der Anspruch auf das commodum Demjenigen zu, der in Ansehung dieses bestimmten Ereignisses die Gefahr trägt. Derjenige, welcher den Nachtheil des Ereignisses zu tragen hat, soll eben deshalb auch den Vortheil desselben haben. Auf den Grund, weshalb der Gläubiger oder Schuldner die Gefahr trägt, kommt es hierbei nicht an.

Die gedachte Regel gilt nach heutigem Recht bei allen Obligationen, auch bei der Vermächtnißforderung und dem Schenkungsversprechen. Nur darf man nicht so weit gehen, daß man dem Gläubiger, dem nur ein Recht auf Benutzung der zu leistenden Sache zusteht, statt des Rechts auf Benutzung der Sache ein Recht auf Benutzung des stellvertretenden commodum einräumt.

Die Regel erleidet, insoweit sie dem Gläubiger, der die Gefahr in Ansehung des bestimmten Ereignisses trägt, einen Anspruch auf das stellvertretende commodum gewährt, keine Ausnahmen. Dagegen kommen für den Fall, wo der Schuldner die Gefahr trägt, manche Modificationen der Regel und Ausnahmen von derselben vor (§§. 7—9).

Druck von M. Bruhn in Braunschweig.

Mommsen, Friedrich

Erörterungen aus dem Obligationenrecht

Bd.: 1

Braunschweig 1859